

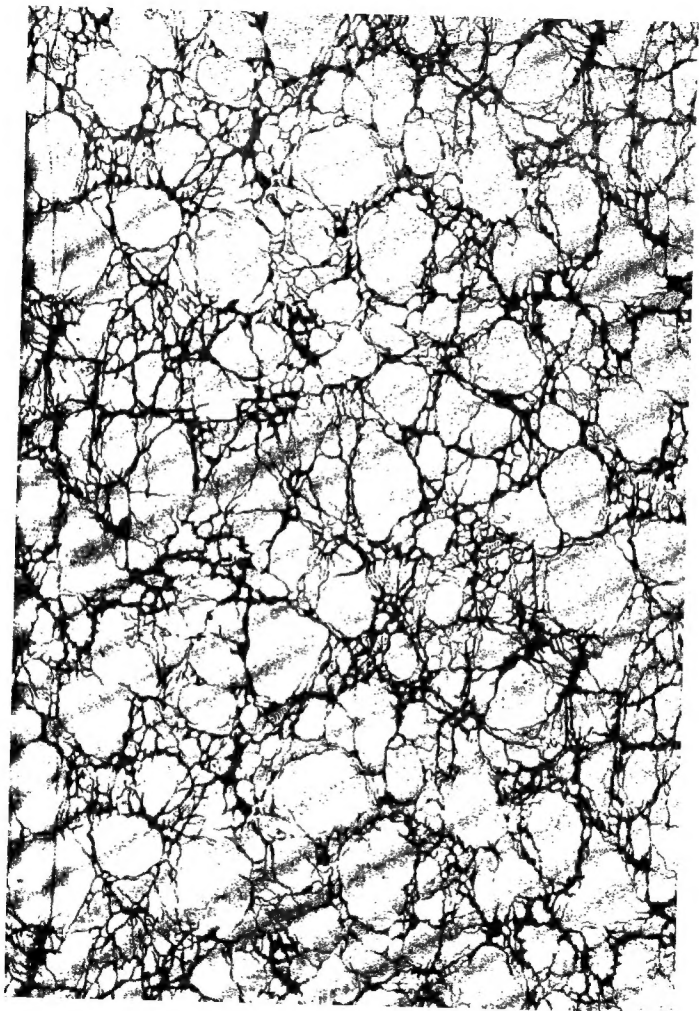
أحكام الأئمة في الإسلام

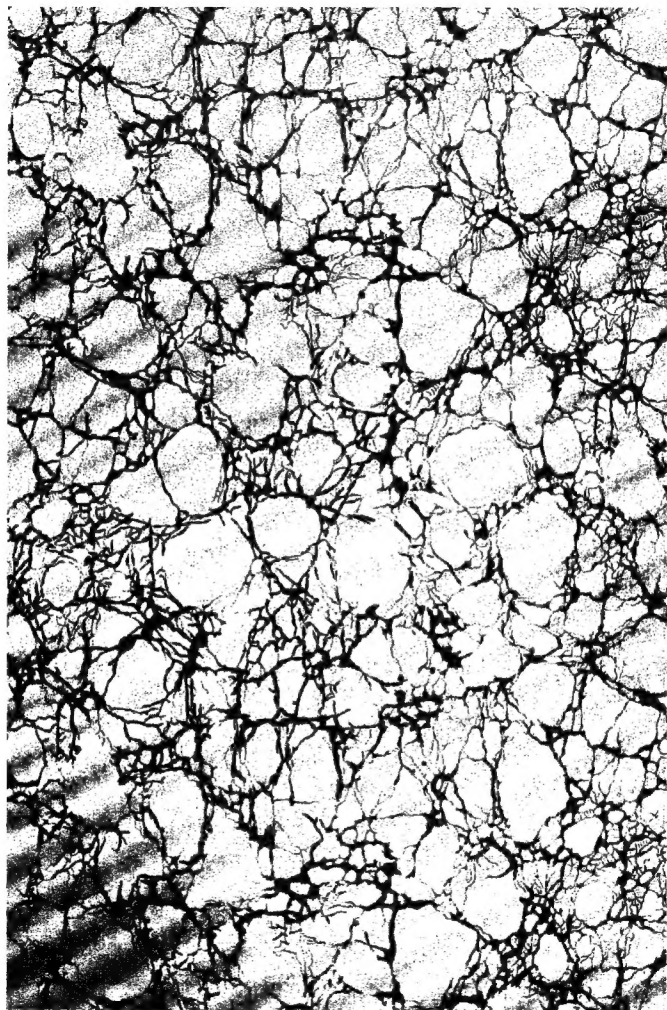
وتمت مقارنته

بما
فقه المالكية والحنابلة والشافعية والحنفية

تأليف
محمد مصطفى شلبي

دار النهضة العربية
للتبليغ والدراسات الإسلامية
بيروت - طرابلس - القاهرة





أحكام الأئمة في الإسلام

دراسة مقارنة

بين

فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون

للمستاذ

محمد مصطفى شاذلي
أستاذ الشريعة الإسلامية
بجامعة الإسكندرية وتدرّس العربية

الطبعة الأولى

١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م

دار النهضة العربية

للطباعة والنشر
ببيروت ص.ب. ٧١٨

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم
من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات]

صدق الله العظيم

تقديم الطبعة الأولى للكتاب

نحمدك اللهم على نعمائك ، وصلي وسلم على خاتم أنبيائك . وعلى من سبقه
من الأنبياء والمرسلين .

ويعد . فقد درست موضوع هذا الكتاب في جامعة بيروت العربية في
زيارة سابقة مدة عامين كاملين ، وأخرجت أصوله على هيئة مذكرات لم تكتمل
حينذاك ، ومرت بعدها ثلاث سنوات وددت فيها أن يتوفر لي الوقت الكافي
لإعادة النظر في تلك المذكرات وإكمالها لأخرجها كتاباً مطبوعاً يأخذ مكانه في
مكتبة المراجع الفقهية والقانونية ولكن الشواغل العديدة حالت بيني وبين
ما أردت .

واليوم - وقد حانت الفرصة لتحقيق تلك الأمنية - أدعو الله خالصاً أن
يبدني بعونه على أتمام ما بدأت ، وأن يعصمني من الزلل . كما أسأله جلت قدرته
أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم ، وأن يعم به النفع إنه على ما يشاء
قدير وهو حسبنا ونعم الوكيل .

المؤلف

محمد مصطفى شلبي

بيروت في شوال سنة ١٣٩٣ هـ
نوفمبر « تشرين الثاني » ١٩٧٣ م

بسم الله الرحمن الرحيم

فاتحة الكتاب

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون .

والصلاة والسلام على خاتم رسل الله المبعوث رحمة للعالمين ، ورضي الله عن أصحاب رسول الله الذين اتبعوه وجاهدوا معه بأموالهم وأنفسهم لإعلاء كلمة الله ، فانتهى بذلك عهد الشرك ورفرفت راية الإسلام على أنحاء الجزيرة العربية كلها . ومنها انطلق إلى الآفاق يفتزو القلوب بعدله وسماعته ، فدخل الناس في دين الله أفواجا ، وتكونت للإسلام دولة لم يعرف التاريخ لها مثيلا منذ بدء الخليقة إلى الآن .

وبعد . فإن الإسلام الذي رضي الله للناس ديناً - تشريع كامل تناول كل جوانب الحياة . خلص العقيدة بما اختلط بها من أخلاط الوثنية ، وطهر النفوس بما لوثها من ذلال الجاهلية ، ونظم علاقة الإنسان بخالقه والناس بعضهم ببعض أفراداً وجماعات .

بني هذا التنظيم على أسس سليمة متينة لا تضعف ولا تزعزع مهما طال الزمن . فيها من المرونة ما يجعله متطوراً بتطور الحياة متجاوباً مع مصالح الناس وحاجاتهم دون أن يوقمهم في حرج أو عنت .

ولما كان من أهدافه الأصلية بناء مجتمع سليم يعيش الناس فيه سعادة عني بتنظيم الأسرة عناية بالغة لأنها اللبنة الأولى في بناء المجتمع ، فوضع لها نظاماً محكمًا إذا سار الناس على هديه استقرت أمورهم وعاشوا في أمان .

ومن تتبع نصوص القرآن والسنة في ذلك يجد الشارع الحكيم رسم الطريق المستقيم لتكوين الأسرة الصالحة ، فبين طريقة اختيار الزوجة وكيفية إنشاء عقد الزواج وطريقة المعاشرة الزوجية ، وأرشد كلا من الزوجين إلى ماله من حقوق قبل الآخر وما عليه من واجبات ، ولم ينس أنه قد يثور النزاع بينهما لسبب أو لآخر فوضع العلاج المتدرج المناسب لكل خلاف ، ثم وضع الطريقة المثلى لإنهاء هذا العقد إذا ما استحکم الخلاف وبات الحياة الزوجية بالفشل ، وما يقرب على هذا الإنهاء من آثار ، كما بين حقوق الأولاد قبل والديهم صغاراً وكباراً ، وما للوالدين عليهم من حقوق . غير أن النصوص المتعلقة بالأسرة على كثرتها لم تفصل كل الأحكام شأن التشريع الإسلامي بوجه عام ، فتدخل الاجتهاد المشروع لاستنباط الأحكام لما يحيد من الأمور .

وللفقهاء طرقهم في الاجتهاد . لكل منهم أصوله وقواعده التي يسير عليها فكان الاختلاف في الاستنباط ، والاختلاف في ذاته ليس عيباً ، بل هو رحمة لهذه الأمة كما ورد عن رسول الله « اختلاف أمي رحمة » . وإنما العيب في التعصب لتلك الآراء حتى ولو بان خطؤها .

هذا ولما عهد إلى تدريس الشريعة الإسلامية لطلاب الحقوق بجامعة بيروت العربية وكان من مقرراتها الأحوال الشخصية أو حقوق العائلة رأيت أن أضع لهم كتاباً يكفيهم مؤنة البحث في كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة التي يحتاج القارئ فيها إلى مران خاص وتكوين معين .

أسير في بحث مسائله وترتيبها على منهج خاص يتفق ووضع الجامعة ومجموعات الطلاب المنتسبين إليها ، فهم يؤلفون وحدة عربية تكاد تجمع ممثلين لكل بلدان العرب . وفيهم من المسلمين السني والشيعة ، هذا التهج يتلخص

في عرض المسائل بما فيها من آراء لفقهاء أهل السنة وموقف المذهب الجعفري منها مع بيان سند كل رأى بقدر ما يسمح به الوقت لأخلص منه إلى بيان الراجح من تلك الآراء دون تعصب لرأى يعينه بها كان قائله .

ثم أتبع كل مسألة بذكر الرأى المعمول به فيما صدر من قوانين في جمهورية مصر العربية وجمهورية لبنان ووجه اختياره للعمل به وما يوجه إليه من نقد إن كان للنقد موضع .

وستكون عنايتي الخاصة بالمذهبين الحنفي والجعفري لما لهما من أهمية في العمل في كثير من البلدان الإسلامية ، فالجعفري يسير عليه الجعفرية أينما وجدوا وبخاصة في لبنان، والمذهب الحنفي هو مرجع العمل في مصر بوجه عام وبالنسبة للمسلمين السنيين في لبنان وفي سوريا والعراق والأردن فيما لم تصدر به قوانين خاصة فوق أن أكثر أحكام تلك القوانين مأخوذة منه .

وقد رتب الكتاب على مقدمة وثلاثة أقسام :

أما المقدمة ففي بيان المقصود بكلمة الأحوال الشخصية وما قن منها إلى الآن ، وما يجري عليه العمل في القضاء في مصر ولبنان .

والقسم الأول في عقد الزواج . مقدماته وإنشائه وأركانه وشروطه ومحلّه وآثاره المترتبة عليه .

والقسم الثاني في إنهاء هذا العقد وبيان أنواع الفرق والمدة وغيرهما مما يقترب على إنهاء الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة من آثار .

والثالث : في حقوق الأولاد باعتبارهم ثمرة من ثمرات الزواج - من نسب ورضاع وحضانة وولاية ونفقة .

ومن الله جلّت قدرته أستمد العون لإتمامه على الوجه الذي يتم به النفع في

بابه ، كما أضرع إليه سبحانه أن يعصمني من الزلل ، وأن يجعله خالصاً لوجهه
الكريم ليكون ذخراً لصاحبه يوم لا ينفع مال ولا بنون . إنه على كل شيء قدير
وهو حسبنا ونعم الوكيل .

المؤلف

محمد مصطفى شبلي

بيروت في : ٢٧ رجب سنة ١٣٨٨ هـ

١٨ من أكتوبر (تشرين أول) ١٩٦٨ م

المقدمة

في بيان المراد بالأحوال الشخصية ومرجع القضاء فيها

جرى عرف أكثر الفقهاء من أهل السنة على تقسيم أحكام الفقه الاسلامي إلى قسمين رئيسيين . عبادات وهي التي تنظم علاقة الإنسان بربه ، ويقصد بها التقرب إلى الله سبحانه كالصلاة والصيام والحج وغيرها .

ومعاملات أو عادات وهي التي تنظم علاقات الأفراد والمجاعات بعضهم مع بعض ، وكانوا يمتنون لكل مجموعة تنظم نوعاً من العلاقات بعنوان يجمعها ككتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب البيع وكتاب الجنائيات . والوصايا والموارث الخ .. وان كان بعضهم يقسمها إلى أربعة عبادات ومناكحات ومعاملات وعقوبات موجهاً ذلك بأن المسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات ، وأما أن تتعلق بأمر الدنيا وهي تنقسم إلى الثلاثة الباقية .

لأن بقاء العالم منظماً يحتاج إلى قوانين شرعية في أمر الازدواج وهي قسم المناكحات، وفيما به التمدن من التعاون والتشارك وهو قسم المعاملات، ولا استقرار أمر التمدن على هذا المتوال لزم ترتيب أحكام الجزاء وهي قسم العقوبات (١) .

كما جرى عرف فقهاء الشريعة (الجعفرية) على تقسيم الموضوعات الفقهية إلى أربعة أقسام عبادات وعقود وإيقاعات وأحكام .

(١) المجلة المدلية في مادتها الأولى .

لأن المبحوث عنه في الفقه إما أن يتعلق بالأمور الأخروية - أي معاملة الصبر به - أو الدنيوية . فإن كان الأول فهو العبادات ، أما الثاني فأما أن يحتاج إلى صيغة أو لا . فغير المحتاج إلى صيغة هو الأحكام كالديات والميراث والقصاص والأطعمة ، وما يحتاج إلى صيغة فقد يكون من الطرفين أو من طرف واحد ، فإذا كان من طرف واحد ممي بالإيقاعات كالطلاق والعق ، وإن كان من طرفين ممي بالمقود ويدخل فيها للمعاملات والتكاح ^(١) .

فلم تكن كلمة الأحوال الشخصية (التي يراد بها مجموعة الأمور التي يتميز بها الإنسان عن غيره والتي تربطه بمائلته) معروفة عند الفقهاء المسلمين القدامى . وإنما هي اصطلاح قانوني جاء نتيجة تقسيم القانونيين الأحوال المدنية إلى أحوال شخصية وهي ما تتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزوجية وتوابعها من الطلاق والعدة والنفقة وغيرها والنسب والميراث ، فإن كون الإنسان أباً أو ابناً أو كونه وارثاً أو محروماً من الميراث صفات شخصية ، وأحوال عينية . وهي تتعلق بالعلاقات المالية ^(٢) .

وقد كان تحديد مضمون الأحوال الشخصية محل خلاف في الفقه والقضاء في مصر إزاء تحديد اختصاص المحاكم الشرعية التي جعل اختصاصها الفصل في قضايا الأحوال الشخصية إلى أن فصلت فيه محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢١ يونيو ١٩٣٤ فقضت (بأن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية . ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصاً

(١) هامش المحضر النافع في فقه الامامية في المقدمة طبع وزارة الأوقاف بمصر .

(٢) أصول القانون للدكتور حسن كبره ص ٩٠ وما بعدها حيث يقول : وعلمة القانون الخاص هو القانون المدني .. فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الأحوال المدنية .

لصغر سنه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية. غير أن المشرع المصري وجد أن الهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات تقوم غالباً على فكرة التصديق المتدوب إليه ديانه فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل الأحوال الشخصية .

وقريب من هذا ما جاء بالمادة (١٣) من قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ التي ذكرت بصدد تحديد ولاية المحاكم بشأن مسائل الأحوال الشخصية للأجانب .

ويلاحظ هنا أن التحديد كان بالنسبة للاختصاص القضائي حيث كان النزاع قائماً بين المحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية حينذاك ، والحق أن الأحوال الشخصية كما ينبىء لفظها تختص بالمسائل المتعلقة بالأشخاص ، وأما المسائل المتعلقة بالمال فهي داخله في دائرة الأحوال العينية . والذي دعا إلى إدخال بعض المسائل المالية في الأحوال الشخصية أمران :

أولهما : تحديد اختصاص كل من المحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية حينذاك .
ثانيهما : إبقاء المسائل التي فيها جانب ديني كالوصية والهبة والوقف أو ترتبط بأمر ديني كالنفقة والمهر وغيرها من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس المالية التي قصر عملها على النظر في الأمور الدينية .

وعلى ذلك تكون مسائل الأحوال الشخصية تتناول مجموعات ثلاث :

١ - المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على المال .

٢ - المسائل المتعلقة بالأسرة .

٣ - المسائل المتعلقة بالوصايا والموارث (١١) .

وقد كانت المحاكم الشرعية قبل الاحتلال الأجنبي هي التي تحكم في كل المنازعات ، فلما أدخلت القوانين الأجنبية وأنشئت المحاكم الأهلية وغيرها . قصر عمل المحاكم الشرعية على الفصل في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . ومن هنا دخلت هذه الكلمة في كتب الفقه الإسلامي الحديثة ، فألفت كتب في أحكام الأحوال الشخصية وكانت في أول الأمر شاملة لكل مسائله من زواج وطلاق وما يتعلق بهما ووصية وولاية وحجر على بعض الأشخاص وغيرها .

وبعد ذلك ألفت كتب بهذا العنوان قاصرة على أحكام الزواج والطلاق وحقوق الأولاد . وشاعت هذه التسمية في السنين الأخيرة حتى بعد أن قلنت مسائل الموارث والوصايا والولاية وانفردت بمؤلفات خاصة .

وأنت ترى معي أن هذه التسمية العامة - مع بقاء الاصطلاح في الأحوال الشخصية - أصبحت غير سليمة إلا إذا قيدت بما يتعلق بالأسرة .

فالأسلم أن تسمي تلك المجموعة من الأحكام بأحكام الأسرة في الإسلام أو بنظام الأسرة في الإسلام ما دامت موضوعاتها كلها متعلقة بالأسرة .

لمحة عن مرجع القضاء في الإسلام

وتقنين أحكام الأحوال الشخصية

كان مرجع القضاء في صدر الإسلام في عهد الخلفاء الراشدين كتاب الله وسنة رسوله ، فإذا لم يجد القاضي الحكم فيها اجتهد رأيه أو استشار الخليفة . وبعد عصر هؤلاء تجمع من فتاوى فقهاء الصحابة مجموعة تناقلها الرواة فكانت بمثابة

(١١) أصول القانون للدكتور حسن مكبره ص ٢٢٢ .

مصدر آخر يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد الحكم في القرآن والسنة من غير أن يكون ملازماً بفتوى بصينها إلا بما اتفقوا عليه ، وأما ما اختلفوا فيه فكانت يتخير من آرائهم أقربها إلى كتاب الله وسنة رسوله ، فإن لم يجد اجتهد رأيه .

استمر الأمر على ذلك طوال عهد الأمويين وشرطاً من العهد العباسي لم يفكر أحد في تقييد القاضي بالقضاء برأي معين . إذا استثنيا ما هم به المنصور العباسي من إلزام الناس بالعمل بما في موطأ الإمام مالك الأمر الذي لم يتم لعدم موافقة الإمام مالك نفسه ~ لأن القضاة كانوا يختارون من المجتهدين فقط . إلى أن تولى أبو يوسف صاحب أبي حنيفة القضاء في بغداد أيام هارون الرشيد ، وارتفعت منزلته حتى أصبح المشرف على أعمال القضاة وصاحب المشورة الأولى لاختيارهم ، فما كان يشير بتولية قاض في أنحاء الدولة إلا إذا كان من أتباع أبي حنيفة .

فبدأ الأمر يتحول إلى القضاء بمذهب معين وان كان القضاة أنفسهم من المجتهدين المنتسبين الأمر الذي جعل الراغبين في تولي القضاء ينتقلون من مذاهبهم إلى مذهب أبي حنيفة حتى غدا المذهب الرسمي للدولة العباسية يسير القضاء فيها عليه إذا استثنينا بعض نواحيها كالأندلس ، فان قضاءها كان بمذهب الإمام مالك ، والشام التي كان قضاؤها بمذهب فقيها الإمام الأوزاعي فترة من الزمن قبل انقراضه .

بقي الأمر على ذلك إلى أن ضعفت الدولة العباسية فانتقل القضاء من مذهب أبي حنيفة في كثير من الأقطار إلى مذاهب أخرى . فالمذهب الشيعي في بلاد المغرب ومصر والشام وإن قيام دولة الفاطميين فيها . ولما زالت دولتهم بقيام دولة الأيوبيين التي أسسها صلاح الدين الأيوبي حل محله المذهب الشافعي في مصر والشام فترة من الزمن ثم عاد المذهب الحنفي .

ولما قامت دولة المماليك أعادوا القضاء أولاً إلى المذهب الشافعي ثم إلى

المذاهب الأربعة وإن بقيت الرياسة للقاضي الشافعي .

واستمر الأمر كذلك إلى أن وليت الدولة العثمانية حكم مصر والشام وكان المذهب الحنفي مذهبها الرسمي فاسترد مكانته في مصر ، وأصبح المذهب الرسمي في القضاء فيها وإن بقي معه المذهب المالكي والشافعي .

وفي عهد محمد علي تم توحيد القضاء فيها بالمذهب الحنفي فأصبح القضاء في مصر والشام والعراق بهذا المذهب بل في أكثر البلدان الإسلامية .

ولما دخلت القوانين الأجنبية مع المستعمرين أنشئت محاكم أخرى بجانب المحاكم الشرعية زاحمتها فاقترصر عملها على الفصل في مسائل الأحوال الشخصية بعد أن كانت تفصل في كل شيء .

وجد الناس نوعين من المحاكم . نوع يقضي بقانون مسطور محدد ، وآخر يقضي بمذهب فقهي تتمدد فيه الآراء في كثير من مسائله ، ومطلوب من القاضي القضاء بالراجح منها ، والوصول إليه تعترضه الصعاب لاختلاف الفقهاء في الترجيح ، فقد يرجح أحدهم رأياً بينما يرجح غيره رأياً آخر وكذلك الكتب مع خلوها من الفصل بالترجيح في بعض المسائل التي كانت موضع حيرة الفقهاء واختلافهم .

لهذا ولما في المذهب الحنفي من مسائل لا تسير المصلحة في كل وقت بينما توجد أحكام في المذاهب الأخرى تحقق المصلحة قامت حركات في البلدان الإسلامية التي تسير على هذا المذهب تطالب بتقنين أحكام الأحوال الشخصية وبخاصة أحكام الأسرة لا يتقيد فيه بمذهب معين .

سبقت مصر غيرها في الاستجابة لتلك الصيحات فألفت لجنة لوضع مشروع قانون لمواضع الشكوى لا تتقيد فيه بمذهب معين ، فأعدت مشروعها في سنة ١٩١٥ م ، ثم رأت اللجنة عرض هذا المشروع على العلماء والقضاة ورجال القانون ليدسؤا رأيهم فيه فاختلقت اتجاهاتهم ما بين مؤيد ومعارض ، ولكن بجانب

المعارضة كان أقوى من الآخر فطوى المشروع ، ولم تستطع الحكومة حينذاك إصداره لظروف الحرب والاحتلال .

وفي هذا الوقت بادرت تركيا وأصدرت قانون حقوق العائلة في المحرم سنة ١٣٣٦ هـ الموافق سنة ١٩١٧ م وهو غير شامل لكل مسائل الأحوال الشخصية بعد أن أصدرت من قبل مجلة الأحكام العدلية التي تعتبر قانوناً مدنياً كاملاً فيه قليل من أحكام الأحوال الشخصية كأحكام الحجر والهبة .

وبهذا تكون تركيا الإسلامية سبقت البلاد الإسلامية الأخرى في تقنين أحكام الأسرة .

ويلاحظ على هذا القانون أمران :

أحدهما : أنه لم يكن خاصاً بالمسلمين ، بل كان عاماً لهم وللطوائف الأخرى من المسيحيين والموسويين كل حسب شريعته الخاصة .

وثانيهما : أنه بالنسبة للمسلمين لم يقتصر على مذهب أبي حنيفة ، بل أخذ ببعض أحكامه من المذاهب الثلاثة الأخرى . كمنع زواج المجنون والمجنونة إلا عند الضرورة وهو رأي عند الشافعي وأحمد .

وكاعتبار عقد الزواج صحيحاً والشرط معتبراً إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق . وهو من مذهب الحنابلة .

وجواز التفريق بين الزوجين لسوء العشرة وإعطاء المرأة الخيار في فسخ النكاح إذا ظهر في الزوج مرض من الأمراض المزمنة كالجذام والسل والجنون ، والتفريق بين الغائب وزوجته إذا مضى على غيبته غيبة منقطعة أربع سنوات في الأحوال العادية وسنة في حالة الحرب .

بل أخذ بغير المذاهب الأربعة في أحكام قليلة . كما في إبطال زواج الصنير

والصغيرة الذي هو رأي عثمان البتي وابن شهرمة، وهو وإن لم يقتصر على مذهب الحنفية إلا أنه أحال على هذا المذهب في المسائل التي لم ينص عليها فيه .

وقد عمل بهذا القانون خارج تركيا في بلاد الشام (سوريا ولبنان)^(١) رغم انفصالهما عن الدولة التركية ، وقد استمر العمل به في سوريا إلى أن صدر فيها قانون شامل للأحوال الشخصية في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٥٣ وكان قانون العائلة مصدراً من مصادره .

في لبنان :

أما لبنان فقد عملت بهذا القانون بعد فترة من الزمن من إصداره ، ولم تقم بوضع قانون شامل للأحوال الشخصية إلى الآن كما فعلت سوريا، ولكنها أدخلت عليه تعديلات ، وجعلته وما أدخل عليه من تعديلات القانون الأساسي وأحالت المسائل التي لم ينص عليها فيه على المذهب الحنفي بالنسبة للمسلمين السنة ، وعلى المذهب الجعفري بالنسبة للشيعة ، وكذلك في المسائل التي يتعارض فيها القانون مع مذهبهم .

وقد وضعت للطائفة الدرزية قانوناً للأحوال الشخصية منفصلاً عن قانون العائلة في سنة ١٩٤٨ ، وأحال المسائل التي لم ينص عليها فيه على المذهب الحنفي .

ومن يطالع هذا القانون يجد بعض أحكامه لا تتفق مع ما هو مقرر في

(١) وفي الأردن عمل به إلى أن صدر قانون العائلة في ١٩٢٧ ثم استبدل بقانون آخر صدر في ١٩٥١ وهو مأخوذ من قانون حقوق العائلة والقوانين المصرية الصادرة في ١٩٢٠ و ١٩٢٩ مع بعض تعديلات . وقد نص في هذا القانون على أنه عند عدم النص فيه يرجع إلى أرجح الأقوال في المذهب الحنفي . فلسفة التشريع الإسلامي لصبحي محمصاني ص ١٢٥ .

المذاهب الإسلامية كما في المواد ١٠ ، ١١ ، ١٤ ، ٣٨ ، ٥٠ .^(١)

وهو كما يقول الدكتور صبحي محصاني : مأخوذ في بعض أحكامه عن تقاليد هذه الطائفة الخاصة ومعطوف في أحكامه الأخرى على المذهب الحنفي .

ولكل طائفة محاكمها الخاصة . فللمسلمين السنيين محاكم ، وللعنفريين محاكم أخرى ، وللطائفة الدرزية محاكم مذهبية خاصة تشرف عليها الدولة وتخضع لأصول معينة .

وتطبق المحاكم الشرعية السنية ما يلي :

أولاً : قانون حقوق العائلة والمذهب الحنفي فيما لم يوجد فيه نص تشريعي كما صرح بذلك قانون تنظيم المحاكم الشرعية (مادة - ١١١)^(٢) .

ثانياً : أحكام مجلة الأحكام العدلية في الأمور التي تتعلق بالحجر على الصغار والمجانين والمتموهين والسفهاء ومرض الموت مع ملاحظة ما تعدل من تصرفات الصغير المميز ، وما ألحق بقانون الموجبات والعقود اللبناني (م ٢١٦٠) .

ثالثاً : أحكام نظام الأيتام بخصوص إدارة أموال القاصرين ، وفيه بعض النصوص التي عدلت أحكام المجلة

(١) كمنع تعدد الزوجات ، ومنع الرجل من إعادة مطلقاته ، وتعيين أقصى مدة الحمل بثلاثة أيام ، وجوب اقتران الطلاق بحكم القاضي ، وإن شهد الزواج لا يقلل عددهم عن الأربعة ، وإن مدة العدة أربعة أشهر تبدأ من تاريخ الطلاق أو التطريق أو وفاة الزوج .

(٢) كما نصت عليه المادة (١١١) من قانون تنظيم المحاكم الشرعية الصادرة بالرسوم الاشتراعي رقم ٢٤١ المؤرخ في ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ . للمعلل بقانون ، كلون الأول ١٩٤٦ فقد أوجبت العمل في المحاكم السنية بقانون العائلة الشامي وبأرجح الآراء من منطب أبي حنيفة . وفي المحاكم الجعفرية باللذهب الجعفري وبما يتلاءم وهذا المذهب من قانون العائلة . الدكتور المحصاني في فلسفة التشريع الإسلامي ص ١٠٩ .

رابعاً : بعض قوانين لبنانية خاصة نصت على أمور شرعية تختلف عن أحكام المذهب الحنفي . مثل قانون الأوقاف الذرية الصادر في ١٠ آذار ١٩٤٧ .

خامساً : ماورد في قانون تنظيم المحاكم الشرعية من أحكام شرعية مأخوذة عن المذاهب الإسلامية المختلفة .

أما المحاكم الجعفرية فتطبق قانون تنظيم المحاكم الشرعية وأحكام المذهب الجعفري وما يتلام مع هذا المذهب من قانون العائلة^(١) .

ولعل السبب في هذه التفرقة بين ما يجب العمل به في المحاكم السنية وما يجب العمل به في المحاكم الجعفرية بالنسبة لقانون العائلة هو أن هذا القانون مأخوذ من مذهب الحنفية ومن المذاهب السنية الأخرى وبعض أحكامه تختلف مع المذهب الجعفري ، ولا يعقل أن تلزم طائفة بالعمل بما يخالف مذهبها الأصلي .

أما قانون تنظيم المحاكم الشرعية فهو قانون لبناني روعي عند وضع ما به من أحكام عدم مخالفته لهذا المذهب .

أما في جمهورية مصر العربية :

فقدمنّا أنها اتجهت إلى التعديل والتقنين في أوائل القرن العشرين غير متأثرة بغيرها ، فبدأت بمشروع الإصلاح الأول في سنة ١٩١٥ . غير أن هذا المشروع لم يقدر له التنفيذ لما لاقاه من اعتراضات وعدم ملائمة الوقت لإصداره .

وبعد فقرة ألفت لجنة أخرى فأخرجت مشروعاً ببعض إصلاحات صدر به القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠م في ثلاث عشرة مادة أخذت أحكامها كلها من مذهب الإمام مالك . وهي تتعلق بالتطليق لعدم الإنفاق أو العيب والمفقود والعدة .

(١) كما سبق في المادة (١١١) .

وقد عدلت منه ثلاث مواد (٣ - ٧ - ١٢) بالقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ م .
ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ م في مادتين يمنع من سماع
دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج تقل
عن ثماني عشرة سنة وقت العقد ، ولا يجوز لموتقي العقود أن يباشروا عقداً لم
يبلغ الزوجان فيه هذه السن .

وقد أدخل على ذلك تعديل بالقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ فبجعل بلوغ هذه
السن مشروطة وقت التقاضي لا وقت العقد .

ثم صدر بعد سنوات القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ببعض التعديلات في أحكام
الطلاق والتطليق للضرر والغيبه ولحبس الزوج . ودعوى النسب ، وبعض أحكام
النفقة والعدة وسن الحضانه والمفقود ، وهو مكون من خمس وعشرين مادة ،
وأحكامه مأخوذة من المذاهب الأربعة عدا الطلاق المختار بالعدد ، والطلاق المعلق
فلأنه أخذ فيها برأي ابن تيمية وتليذه ابن القيم .

ثم تباع ذلك أن ألفت لجنة لوضع مشروع قانون للأحوال الشخصية كلها
في سنة ١٩٣٦ . فأخرجت اللجنة مشروعات ثلاثة . أولها صدر به القانون رقم
٧٧ سنة ١٩٤٣ في أحكام الموارث .

وثانيها : صدر به القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ بتنظيم بعض أحكام
الأوقاف .

وثالثها : صدر به القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم أحكام الوصية
كلها .

وقد عدلت في هذه القوانين عن مذهب الحنفية إلى المذاهب الأخرى من
سنية وشيعية في بعض المسائل ، وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٨٠ سنة ١٩٥٢
بجل الأوقاف على غير جهات البر وتنظيم إنشاء الوقف الخيري والولاية عليه .

ثم تبع هذا عدة محاولات لتقنين أحكام الأسرة من زواج وطلاق وحقوق الأولاد فوضع مشروعه أكثر من مرة كان آخرها المشروع الشامل للأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم الذي نازح حوله النزاع المتشعب ولم يتقرر مصيره إلى الآن .

المطبق الآن في جمهورية مصر العربية في أحكام الأحوال الشخصية

يطبق الآن في مسائل الوقف والوصية والموارث والولاية القوانين الصادرة فيها على جميع المواطنين لا فرق بين مسلمين وغيرهم .

وأما مسائل الزواج والطلاق وقوابها فإنها لا تزال خاضعة في مجلتها لأحكام الفقه الإسلامي (المذهب الحنفي) فيما عدا المسائل التي عرضت لها القوانين السابقة كما أشار إلى ذلك القانون رقم ٤٦٢ سنة ١١٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية عملاً بالمادة - ٢٨٠ - من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

وأحكام هذه الشريعة تطبق على المسلمين وغير المسلمين إذا اختلفت ملهم وطوائفهم أو اتحدت ولم تكن لهم محاكم مليية عند صدور قانون إلغائها .

وأما المتحدون الملة والطائفة وكانت لهم محاكم مليية وقت الإلغاء فإن القانون الواجب التطبيق هو أحكام شريعة المتخاصمين في نطاق النظام العام^(١) .

(١) كما تنص عليه المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ في فقرتها الثانية ونصها .

« بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة =

وإذا اعتنق أحد المتخاصمين الإسلام أثناء نظر الدعوى وجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية . أما إذا غير أحدهم ديانته أو ملته أثناء نظر الدعوى بأن كان مسيحياً فأصبح يهودياً أو بالعكس أو كان كاثوليكياً فأصبح بروتستانتيّاً أو أرثوذكسياً فإن هذا التغيير لا يؤثر في سير الدعوى ولا على القانون الواجب التطبيق ، فالشريعة الإسلامية هي ذات الاختصاص العام ، أما الشرائع الأخرى فاختصاصها استثنائي ، لأنها لا تطبق إلا عند اتحاد أطراف النزاع في الديانة والملة والطائفة بشرط أن يكونوا تابعين لطائفة كانت لها جهة قضائية ملية منظمة معارف بها من الدولة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ .

== والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون تصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم » .
فهذا النص يعين موضع تطبيق الشرائع غير الإسلامية في نطاق الأحوال الشخصية « أحكام الأسرة » وأنه مشروط بشرطين :
أولهما : أن يكون أطراف النزاع تابعين لطائفة كانت لها جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون .
ثانيهما : أن يكون أطراف النزاع متبعي الديانة والملة والطائفة .
فإذا اختلفت الديانة أو اتحدت واختلفت الملة أو اتحدت الديانة والملة واختلفت الطائفة طبقت الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية

التقسم الاول

في الزواج وآثاره

وفيه خمسة أبواب :

الباب الأول في الزواج ومقدماته .

الباب الثاني في أركان العقد وشروطه وطرق اثباته وأنواعه باعتبار
التقييد والإطلاق في صيقته .

الباب الثالث في المحرمات من النساء وأسباب تحريمهن .

الباب الرابع في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج .

الباب الخامس في أحكام عقد الزواج المترتبة عليه .

البَابُ الْأَوَّلُ

في الزواج ومقدماته

وفيه فصلان

الفصل الأول

في التعريف بالزواج وشرعيته وحكمة مشروعيتها
وصفته الشرعية

الزواج لفظ عربي موضوع لاقتراح أحد الشئخين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفرداً عن الآخر ومنه قوله تعالى (وإذا النفوس زوجت) التكاثر / ٧ أي يقترن كل واحد من كانوا يعملون كعمله . فيقرن الصالح مع الصالح ، والفاجر مع الفاجر ، أو قرنت الأرواح بأبدانها عند البعث للأجساد أي ردت إليها ، وقيل قرنت النفوس بأعمالها فصارت لاختصاصها بها كالتزويج^(١) .

وقوله تعالى (وزوجناهم بحور عين) الطور / ١٠ أي قرناهم بهن^(٢) ، وقوله تعالى (أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم^(٣)) أي وقرناهم الذين كانوا يجلسون معهم ويشاهدون ظلمهم ولا ينكرونه . أو وقرناهم من الشياطين .

ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص لتكوين أسرة حتى أصبح عند إطلاقه لا يفهم منه إلا ذلك المعنى بعد أن كان يستعمل في كل اقتران سواء كان بين الرجل والمرأة أو بين غيرها .

(١) تفسير القرطبي ج ١٩ ص ٢٢٩ وما بعدها

(٢) تفسير القرطبي ج ١٧ ص ٩٥ لأنه ليس في كلام العرب تزوجت بأمرأة ، وإنما العرب تقول : تزوجت امرأة وزوجته امرأة .

(٣) الصافات - ٢٢ .

وفي الاصطلاح عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة متقاربة تدور كلها حول الفرض
المبدئي منه وهو حل استمتاع الرجل بالمرأة .

فمن قال : بأنه عقد وضع لتملك التمتع بالأنثى قصداً .

ومن قال : إنه عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من نكاحها
مانع شرعى قصداً .

وغير ذلك من التعريفات ^(١) .

وهذه التعريفات تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل
مع أنه ثابت للمرأة أيضاً ، ولعلمهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذي يسمي
إلى الزواج ويطلبه والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجه
لا يشاركه فيها أحد . وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص حيث
يحل له التمتع بغيرها في الحد الذي قرره الشارع فالأولى في تعريفه أن يقال :

هو عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة
لم يمنع مانع شرعى من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به .

فهذا التعريف يفيد أن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر متى
تم العقد ، وأن الزوج يختص بالتمتع بزوجه فلا يحل لأحد أن يتمتع بها ما دام
العقد قائماً ولو حكماً ، أما الزوجة فيحل لها التمتع بزوجه دون أن تختص
بذلك التمتع حيث يباح له شرعاً أن يضم إليها ثنية وثالثة ورابعة إن وجد
سبب مشروع لذلك .

وقيد بطريق الأصالة في التعريف لإخراج شراء الرجل الأمة للتسري عنها

(١) راجع تبين الحقائق ج ٢ ص ٩٤ ، فتح القدير ج ٢ ص ٢٤١ ، ورد المختار
ج ٢ ص ٢٥٦ .

فإن عقد شراء الأمة لم يوضع شرعاً للتمتع ، وإنما للملك رقبتهن ويأتي الاستمتاع بعد ذلك بملك اليمين لا بالزواج .

والفقهاء في تعريفاتهم تلك لم يقصدوا قصر أغراض الزواج على حل التمتع وأنه لم يشرع إلا لذلك ، بل أرادوا تمييزه عن غيره من عقود التملكات الأخرى التي تفيد ابتداء ملك عين المال كالبيع والهبة والوصية بالأعيان ، أو ملك المنفعة كالإجارة والوصية بالمنافع . بدليل أنهم بينوا أغراضه كلها عند الكلام على سبب مشروعيته .

ومثل الزواج في هذا المعنى الشرعي لفظ النكاح . فإن القرآن والسنة عبرا عن هذا العقد بهما ، بل إن أكثر تعبيرات القرآن عنه كانت بلفظ النكاح .

غير أن الفقهاء مع اتفاقهم على أن لفظ الزواج حقيقة في العقد اختلفوا في لفظ النكاح . هل هو حقيقة - في العقد كذلك أو هو حقيقة في الوطء (المحالطة الجنسية) أو هو مشترك فيها . نشأ هذا الاختلاف من الاستعمال اللغوي ، فالعرب استعملوا هذا اللفظ في معان ثلاثة - العقد - المحالطة الجنسية - الضم والتداخل .

فالشافعية يرون أنه حقيقة في العقد مجاز في غيره ، والحنفية يذهبون إلى العكس فيقولون إنه حقيقة في المحالطة الجنسية مجاز في العقد ^(١) .

وكان من أثر ذلك اختلافهم في لفظ النكاح الوارد في النصوص الشرعية . هل هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، أو الأمر بالعكس . فإذا أطلق في نص من النصوص بدون قرينة تبين المراد منه يراد به العقد عند الشافعية ، والمحالطة الجنسية عند الحنفية .

(١) قال الفارسي كما نقله الكمال بن الهمام في فتح القدير : إذا قيل نكح فلانة أو بنت فلان فالمراد به العقد ، وإذا قيل نكح زوجته فالمراد به الوطء . ويرى ابن تيمية أنه حقيقة في الضم والتداخل وله فردان ضم الألفاظ وتداخلها وهو العقد ، وضم الأقسام وهو المحالطة الجنسية .

وقد ظهرت ثمرة هذا الاختلاف في تفسير بعض النصوص كقوله تعالى
(ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف) / النساء / ٢٢ .

ففسر الحنفية ما نكح آباؤكم . بالوطء مطلقاً حلالاً كان أو حراماً ، وعلى
ذلك قالوا : إذا زنى الرجل بامرأة حرم على ابنه التزوج منها ، والشافعية
فسروها بالعقد . وقرروا أن الزنى لا يوجب حرمة المصاهرة .

شرعية الزواج :

استخلف الله الإنسان في الأرض بقوله سبحانه : (إني جاعل في الأرض
خليفة) وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى ، وأودع في كل منهما ما يجعله يميل
للآخر ليمتد الزواج بينهما ، ويكون من ثمراته التناسل ليبقى النوع الإنساني
يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله .

ولكن المولى سبحانه الذي كرم بني آدم لم يتركهم إلى ما تشاء طبيعتهم
طبيعتهم في أمر الزواج كبقية المخلوقات الأخرى من الحيوانات والطيور ،
بل سن لهم طريقة خاصة تتفق ومنزلتهم بين سائر المخلوقات .

فشرح الزواج الذي يختص فيه الرجل بالأنثى لا يشاركه فيها غيره . ليسلم
العالم من شر الإباحة التي يترتب عليها الفزاحم والتنازع بل والتقاتل أحياناً ،
ومن طغيان الشهوات التي تجرّس من الإنسان حيواناً سفاحاً لا يعرف رباط
العائلة ، ولا يفقه معنى الرحمة ، ولا يفتن لسر المودة فيضيع النسل حيث
لا رابط يربط الأبناء بأبائهم .

ولم تخل شريعة من الشرائع السماوية من الأذن به بل وتنظيمه من يوم أن
أرسل الله الرسل . يقول جل شأنه : (وهو الذي خلقكم من نفس واحدة
وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما نفثها حملت حملاً خفيفاً غمرت به فلما
أثقلت دعوا الله رجلاً لئن آتيتنا صالحاً لنكونن من الشاكرين) / الأعراف / ١٨٩ .

ويقول مبعثه مخاطباً لرسوله « ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وفرية » الرعد / ٣٨ .

ولقد تزوج الأنبياء والرسل كلهم ، ولم يذكر المؤرخون من عاش منهم بلا زواج سوى يحيى وعيسى عليهما السلام ، ولم يكن عدم تزوجها لعدم شرعية الزواج في زمنها ، لأن الناس كانوا يتزوجون في عصرها ، وقد قيل إن سبب عدم زواج عيسى انحطاط أخلاق نساء بني اسرائيل فرغب عنهن للعبادة وأداء الرسالة ^(١) .

والسبب في عدم زواج يحيى أنه لم يكن عنده المقدرة على إتيان النساء ، لأن الله قال في وصفه (وسيدا وحسورا) والحصور في اللغة هو الذي لا يأتي النساء كأنه محجج عنهن ، وعلى القول بأن الحصور هو الذي يكف نفسه عن النساء ولا يقربهن مع القدرة ، فيمكن أن يعلل سبب امتناعه عنه بمتابعته لعيسى لأنه كان في زمنه وأول من آمن به كما قال الله في شأنه (مصدقاً بكلمة من الله) أي عيسى على ما عليه أكثر المفسرين ^(٢) .

ولهذا لم تكن الرهبانية - وهي الأعراض عن الزواج - مشروعة في أي دين سماوي ، وإنما هي شيء ابتدعه النصارى في عصر اضطهادهم كما أخبر القرآن عن ذلك في قوله تعالى (ثم قفينا على آثارهم برسلنا وقفينا بعيسى بن مريم وآتيناه الأنجيل وجعلنا في قلوب الذين اتبعوه رأفة ورحمة وزهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم إلا ابتغاء رضوان الله فما رعوها حق رعايتها فأآتينا الذين آمنوا منهم أجرهم وكثير منهم فاسقون) الحديد / ٢٧ .

(١) ويقال إنه سيخرج إذا نزل الأرض ويرد له . واجمع إحياء علوم الدين للقرطبي ج ٤

ص ٩٧ .

(٢) راجع تفسير البشار ج ٣ ص ٢٩٧ وتفسير القرطبي ج ٤ ص ٧٦ وما بعدها .
قلبه أنه ابن خالة عيسى يكبره بثلاث سنين وقيل بستة أشهر .

يقول ابن كثير في تفسيره ^(١) ما ملخصه : إن هذه الرهبانية ابتدعها
النصارى والتزموا بها دون أن يشرعها الله لهم ، وإنما شرع لهم ابتغاء رضوان
الله ، فما قاموا بما التزموه ، وهذا ذم من وجهين : -

أحدهما : الابتداع في دين الله ما لم يأمر به الله ، والثاني : عدم قيامهم بما
التزموه بما زعموا أنه قرية يقرهم إلى الله عز وجل .

وجاء في حديث رسول الله الذي رواه ابن مسعود (أن بني إسرائيل افترقوا
على ثنتين وسبعين فرقة لم ينج منها إلا ثلاث فرق وعد منها طائفة لم يكن
لها قوة قتال الملوكة والجبابة ولا قوة القياس بالقسط فلحقن بالجبال فتعبدت
وترهبت وهم الذين ذكرهم الله بقوله ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم .

أما الأسلام فقد عنى بهذا المقد عناية خاصة ، وأضفى عليه قدسية تجعله
فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على
عاقديه ولا على الأسرة التي توجد بوجوده ، بل يمتد إلى المجتمع فهو أهم علاقة
ينشئها الإنسان في حياته ، لذلك تولاه الشارع بالرعاية من حين ابتداء التفكير فيه
إلى أن ينتهي بالموت أو الطلاق . فبين الطريقة المثلى لاختيار الزوجة وكيفية
إنشاء العقد ورسم طريقة المباشرة الزوجية مبينا ما لكل من الزوجين قبل
الآخر من حقوق وما عليه من واجبات .

ولم ينس أنه قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها من نزاع أو
شقاق فرسم طريق الإصلاح ، وبين الطريقة التي ينهي بها العقد إذا ما عجز
الإصلاح وباتت الحياة الزوجية بالفشل وغير ذلك مما يترتب على الأنهاء من آثار
تتعلق بالزوجين أو بأولادهما .

ومن يتبع نصوص التشريع في القرآن والسنة يجد هذا المقد قد ظفر بعدد
كبير منها .

فالقرآن يخبر أولاً بأنه من أكبر النعم التي أنعم الله بها علينا في معرض امتنانه بنعمه والآله فيقول جل شأنه (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة) للنحل / ٧٢ .

وفي آية أخرى يعمده آية من آيات قدرته (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) الروم / ٢١ .

ثم يحله في صراحة ويأمر به في غير آية . يقول سبحانه بعد عد المحرمات من النساء « وأحل لكم ما وراء ذلكم » النساء / ٣٤ .

ويقول « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » النساء / ٣ .

ويقول « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله » النور ٣٢ - ٣٣ .

فقد خاطب الأولياء بأن يزوجوا من لا زوج له من الرجال والنساء ، لأن الأيامى جمع أيم - وهو من لا زوج له من النساء والرجال ، وإن كان أكثر استعماله في النساء ^(١) .

والرسول ﷺ يرغب فيه بشتى أنواع الترغيب فيقول : فيما روي في الصحيحين « أما أنا فأصوم وأفطر وأقوم وأنام وأكل اللحم وأتزوج النساء فمن رغب عن قلبي فليس مني » ^(٢) . ويقول « يا معشر الشباب من استطاع منكم

(١) قال أبو عبيد : يقال رجل أيم وامرأة أيم . وأكثر ما يكون ذلك في النساء وهو كالتستار في الرجال .

وقال أمية بن الصلت : لله در بني علي أيم منهم وأكح . . . تفسير القرطبي ج ١٢ ص ٢٤٠

(٢) تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٥١٨ .

الباءة فليتزوج » ويقول : « تزوجوا الولود الودود فأني مكافؤ بكم الأمم يوم القيامة » . ويروي لنا مسلم عن عمرو بن العاص أن رسول الله قال « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » .

كما يروي أبو داود عن ابن عباس عن رسول الله قال : « ألا أخبركم بخير ما يكتز المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته وإذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته » (١) .

وقد بعث رسول الله والعرب يتزوجون بطرق شتى بعضها يتفق ومنها يخالف ، وبعضها لا يفعله إلا المفهاء . فأنفى فاسده وأقر صحيحه .

ولم يقتصر صلوات الله وسلامه عليه على الخض عليه ، بل نفر من تركه فأخبر أن العزاب شرار الناس أحياء وأراد لهم أمواتا . روي أبو يعلى في مسنده أن رسول الله قال لمكاف بن وداعة الهلالي : « ألك زوجة يا عكاف ؟ قال : لا قال : ولا جارية ، قال لا ، قال وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم والحمد لله ، قال : فأنت إذا من إخوان الشياطين إما أن تكون من رهبان النصاري فأنت منهم ، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع ، وإن من سنتنا النكاح . شراركم عزابكم وأراذل موفاكم عزابكم ، ويحك يا عكاف تزوج » فبادر إلى امتثال أمر رسول الله ولم يبق من مجلسه حتى توجه الرسول « - أراذل جمع رذل وهو اللون الخسيس . المختار .

ويروي الجعفري في كتبهم أن رسول الله قال : « أكثر أهل النار العزاب » (٢)

وقال عمر رضي الله عنه : « لا يمنع من النكاح إلا عجز أو فجور » .

وقال ابن مسعود « لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أبي أموت في

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٢ .

(٢) كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤٢ .

آخرها يوماً ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة ،^(١) - وفي رواية :
لأحببت أن أتزوج لكيلا ألقى الله عزبا .

وروي أن معاذ بن جبل ماتت له امرأة في الطاعون وكان هو أيضاً
مطعوناً فقال : (زوجوني فإني أكره أن ألقى الله عزبا) .

وهذا تدرك مدى استجابة الصحابة لنداء رسول الله وأرشاداته .

حكمة مشروعية الزواج أو الغاية من تشريعه

كل حكم من أحكام الشريعة الإسلامية شرع لمصلحة . وهي ما يقرب عليه
من تحقيق منفعة أو دفع مفسدة عن العباد .

ومن يستعرض أحكام الشريعة وجدها كذلك . وقد تخفى الحكمة علينا في
بعض المشروعات لحكمة يملها الحكم سبحانه وهي - على ما يظهر لي والله أعلم
- إظهار عجز العباد وقصور علمهم مصداقاً لقوله تعالى (وما أوتيتم من العلم إلا
قليلاً) ، وإبتلاء لعباده ليظهر ما في علم الله من إيمان المؤمن وتسليمه وكفر
المعاند وتشكيكه^(٢) .

وللزواج كثير من الحكم منها ما يعود على الزوجين ، ومنها ما يعود على المجتمع .
ومن يتتبع النصوص الواردة بشأنه في القرآن والسنة يستطيع أن يستنبط
منها بعضها . وقد حاول العلماء عدداً تفصيلاً فلم يصلوا إلى حصرها .

(١) المنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٦ وأحياء علوم الدين للفرزاني .

(٢) يشير لذلك قوله تعالى (هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم
الكتاب وآخر متشابهات فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء
تأويله وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا وما يذكر إلا
أولوا الألباب . ربنا لا نزح قلوبنا بعد إذ هديتنا وهمب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب)
آل عمران / ٧ - ٨ .

يقول الفزالي في بحث الرغبة في الزواج^(١) وفيه خمس فوائد . الولد - وكسر الشهوة - وتدبير المنزل فانه متوط بالنساء وليس للرجال فيه ما هن - وكثرة العشرة بالنسبة والمصاهرة ، فالمرء بنفسه قليل ووحيد ، ومجاهدة النفس الأمانة بالقيام بين والصبر عليهن . أي النساء .

ويقول الشاطبي في موافقاته^(٢) في فصل ما يعرف به مقاصد الشارع : النكاح مشروع للتناسل بالقصد الأول ، ويليه طلب السكن والازدواج والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية من الاستمتاع بالحلال والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء ، والتجمل بمنال المرأة أو قيامها عليه وعلى أولاده منها أو من غيرها أو أخوته ، والتحفظ من الوقوع في المحذور من شهوة الفرج ونظر العين والإزدياد من الشكر بتزيد النعم من الله على العبد وما أشبه ذلك . فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح بالقصد الثاني . وهذه المقاصد إما منصوص عليها أو مشار إليها . ولو تأملنا هذه المقاصد الثانوية نجدها مثبتة ومقوية للمقصد الأصلي ، وعلى هذا يمكن أن يجعل كل ما أشبه ذلك مقصوداً للشارع أيضاً . كما روى عن فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في نكاح أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه طلباً لشرف النسب ومواصلة أرفع البيوتات .

فإذا وقع الزواج لغير هذه المقاصد مما يناقضها لا يحكون مشروعاً كالذي يتزوج امرأة مطلقة ثلاثاً ليحلها لزوجها الأول فانه لم يقصد بهذا الزواج الولد ولا مواصلة العشرة بل قصد قطعاً بالطلاق .

فمن هذين النصين نرى أن للزواج فوائد عديدة . نكتفي بتوضيح أهمها . وهي ثلاثة : -

١ - حفظ النوع الأنساني .

(١) أحياء علوم الدين ج ٤ ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) ج ٢ ص ٢٩٦ وما بعدها .

- ٢ - تحقيق الأنس والراحة بين الزوجين فنستقر الحياة ويسعد المجتمع .
 ٣ - تحصيل النفس بقضاء الحاجة الجنسية من طريق سليم لا يترتب عليه فساد المجتمع .

أما الأولى : فلما كان الفرض من خلق الإنسان أن يكون خليفة الله في أرضه كما قال تعالى عند خلق آدم عليه السلام (إني جاعل في الأرض خليفة) لتعمر الأرض . والعبرة لا تكون بفرد واحد منها طال عمره وأوتي من قوة ، فكان لا بد من التوالد ليكثر النوع . والتوالد يتحقق من اجتماع النوعين على أي وجه ، وهذا موجود في كل أنواع الحيوان والطيور . ولكن الله لم يسو بين الإنسان وغيره من المخلوقات بل فضله وكرمه (ولقد كرّمنا بني آدم) وتفضيله يقتضي أن يكون تكاثره بطريق أشرف من مجرد الاختلاط ، فشرع لهم الزواج طريقا لاختلاطهم حتى يكون بقاؤهم على أكمل وجوه البقاء .

ولو أتيح لهم الاختلاط على غير هذا الوجه لتنازخوا وتقاتلوا وأصبحت الغلبة للقوة وحدها مع ما فيه من ضياع النسل حيث يخرج إلى الحياة أطفال لا يعرفون لهم آباء ينتسبون إليهم ويعيشون في رعايتهم . فتنهار عند المجتمع وتتقوض أركانه .

وفي الزواج المشروع يختص الرجل بامرأته لا يزاحم فيها غيره فلا تنازع ولا تقاتل ويجد كل ابن أبا معروفا ينتسب إليه ويقوم بتربيته ويحافظ عليه ويتكون من هؤلاء مجتمع صالح ويبقى النوع الإنساني على أكمل وجه وأحسنه . من أجل هذا أمر رسول الله بتزوج المرأة الولود فيها رواه أبو داود والنسائي عن معقل بن يسار أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وأنها لا تلد فأتزوجها ؟ قال : لا ، ثم أتاه الثانية فيها ، ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الولود فإني مكاثر بكم ^(١)

(١) منتقى الأخبار يشرح نيل الاوطار ج ٦ ص ٨٩ .

ومن يتأمل قوله تعالى (نسألكم حرث لكم فأقرا حرثكم أنى شئتم وقدموا لأنفسكم) البقرة / ٢٢٣ ، يجدهما تشير إلى أن الزواج شرع للنسل لأنه أخبر أن النساء موضع حرث الرجال والحرث لا يكون إلا للأنثى . كذلك قوله :
وقدموا لأنفسكم . .

وإذا كان الزواج قصد به للشارع أولا تكثير النسل فعلى من يقدم عليه أن يقصد به ذلك ليكون مثلاً لتشريع الله ، أما كونه ينتج نملا فليس مكلفاً به ، لأنه ليس في مقدوره حيث أنه هبة من الله طبع لأرادته سبحانه كما قال جل شأنه (الله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يحب لمن يشاء وإنا لله وحبب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكراً وإنا لله ويجعل من يشاء عقيم) الشورى / ٤٩ .

٥٠ -

وأما الثانية : فقد صرح بها القرآن الكريم يقول جل شأنه « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » الروم / ٢١ .

فهذه الآية تبين في صراحة غاية من غايات الزواج بها تستقر الحياة الزوجية . وهي سكن كل من الزوجين إلى الآخر ، لأنها أصبحت كشيء واحد كما يشير إليه قوله تعالى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » البقرة / ١٥٢ - ومتى سكن كل منهما إلى صاحبه أنس به وكانت المودة والرحمة .

ولا يكون الزواج وسيلة إلى هذه الغاية إلا إذا عرف كل منهما ما لشريكه في الحياة عليه من واجبات ووفى بها وتعددت العلاقة بينهما على أساس التعاون والمشاركة في بناء مستقبلها دون أن يتحكم أحدهما في الآخر ولهذا أرشد رسول الله ﷺ إلى زواج ذات الدين فيما رواه الجماعة عن أبي هريرة أن رسول الله قال : « تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات

الدين تربت يداه^(١) .

وفيا رواه ابن ماجه عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله
« لا تزوجوا النساء الحسنين فحسبهن أن يردن » ، ولا تزوجوهن لأموالهن فحسب
أموالهن أن تطفين ، ولكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة خرماء سوداء ذات
دين أفضل^(٢) .

ثم حذر من التطلع إلى الجمال الزائف لأنه قبيح في حقيقته فقال : « إياكم
وخضراء الدين » ، قالوا : وما خضراء الدين يا رسول الله ، قال : المرأة الحسناء
في المنبت السوء^(٣) .

والسر في جعله عليه السلام الدين أساس اختيار الزوجة . أن سعادة الأسرة وصلاح
المجتمع يتوقف إلى حد كبير على حسن الاختيار للزوجة .

فلا ينبغي أن يقوم على منفعة زائلة أو لذة عاجلة . كالمال والحسب والجمال
لأنها أمور عارضة تزول بعد حين ، وقد تكون سبباً في شقاء عاجل أو بلاء مقم .

(١) المرجع السابق ص ٩٠ والحسب في الأصل الشرف بالإباء والأقارب مأخوذ من الحساب
لأنهم كانوا إذا تفاخروا عدوا منقلبهم ومآثر آبائهم وقومهم وحسبوها فيحكم لمن زاد عدده
على غيره .

تربت يداه . كلمة تجري على لسان العرب في مقام المدح والذم ، ولا يراد بها الدعاء على
المخاطب دائماً . وقد يراد بها الدعاء أيضاً . والمراد هنا المدح . أي اطلب ذات الدين أيها
الماعل الذي تحمد عليه لكإل عطفك فيقول الحامد حمدا : تربت يداه . أو التمدد أو الدعاء
عليه بتقدير أن خالفت هذا الأمر . السندي في شرحه لسنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٧٢ .

(٢) السنن ج ١ ص ٥٧٢ . يرددين ، أي يوقمن في الهلال بالأعجاب والتكبر . تطفين
أي توقمن في المعاصي والشرور . خرماء . مقطوعة بمض الأنف ومثقوبة الأذن . أفضل .
أي من الحرة التي لا دين لها .

(٣) الدين جميع دمنة وهي ما تدمته الأبل والغنم بأبوالها وأبعارها . أي تلبده في مرابضها
فربما نبت فيها الثبات الحسن التضرير .

أما الدين فإنه يبقى بل يقوى على مر الأيام ، فالزواج القائم عليه يزداد قوة بمرور الزمن ، فحين يضعف الشباب يقوى عنصر الدين فيستمر الحب وتدوم المودة وقلمنا تقع خيانة زوجية في بيئة دينية .

وأما الثالثة : وهي تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية من طريق سليم . لأن من يتزوج تقنع نفسه غالباً ولا تتعدى حدود الله بانتهاك الحرمات . ومن أعرض عنه لجأ إلى طريق معوج واستباح الحرمات وفتح على المجتمع الذي يعيش فيه باباً من أبواب الشر ، فيصبح بذلك عضواً فاسداً فيه . لذلك أمر رسول الله القادر على تكليفه بالمبادرة إليه . كما أمر العاجز عن القيام بواجباته بالتخاذ وقاية له من الوقوع فيها حرمة الله .

روى الجماعة عن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » (١) .

وفي حديث آخر يقول : (من تزوج فقد حفظ نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر) (٢) .

فالزواج عاصم للنفس من شرور البهيمية ، لأن المتزوج كلما تآقت نفسه للنساء وجد السبيل المباح لقضاء حاجته .

(١) الباءة في اللغة الجماع . والمراد بها في الحديث مؤونة للزواج من العمر والنفقة إذ الخطاب للشباب القادرين على الجماع . فلو حمل على حقيقة لم يستقم الكلام . ولأنه لا يقال للمعجز عنه عليك بالصوم لأنه غير مستطاع إليه . والوجه في اللغة رضي الاثنين رضا شديدا بدون إخراج لتذهب شهوة الجماع وينزل منزلة الحصاة في ذلك . ولما كان الصوم يقطع شهوة الجماع لأنه يضمف الجانب البهيمي ويقوي الجانب الروحي جعل رجاء .

(٢) يقول القرطبي في تفسيره ج ٩ ص ٣٢٧ بعد ذكر الحديث : ويعني ذلك أن النكاح يعف عن الزنى ، والنفقات أسد الحصلتين اللتين ضمن رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما الجنة فقال : من وفاه الله شر اثنتين ولج الجنة . ما بين لحيه وما بين رجليه « خرجة الموطأ وغيره ..

ومن هنا يقول رسول الله لأصحابه فيما رواه مسلم عن جابر بن عبد الله « إذا أبصر أحدكم امرأة فليأت أهلها فإن ذلك يرد ما في نفسه » .

تلك أهم المعاني السامية التي من أجلها شرع الله لعباده الزواج . مع ما فيه من الماران على تحمل المسؤولية وبعد النفس عن الأنانية ، لأن الرجل بعد الزواج يصبح راعياً في بيته مسؤولاً عن يعيش في ولايته ويؤثر أولاده ومطالبهم على نفسه ومطالبها . ففي الحديث (كلكم راع وكلهم مسئول عن رعيته . فالأمام راع وهو مسئول عن رعيته ، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسئولة عن رعيتها الحديث ^(١) .

فمن أعرض عن الزواج فقد رغب عن أمر كريم يعد - بحق - من مقومات الحياة الاجتماعية ، وفر من تحمل المسؤولية التي خلق الرجال لتحملها وفوق ذلك يكون من حملة معاول الهدم الذين يهدمون بناء المجتمع الذي يعيشون فيه .

قد يتطلل هؤلاء المعرضون بأننا نشاهد الحياة الزوجية عند بعض الناس جحيماً لا يطاق يكيد فيها كل من الزوجين للآخر ، ويلحق به الأذى ما استطاع . كما أن السبيل إليه أصبحت شائكة بسبب التغالي في المهور من جانب الزوجات ، وما يقابله من المغالاة في المطالب من جهة الأزواج عند تأسيس بيت الزوجية .

ولكننا نقول هؤلاء وهؤلاء : إن تلك المغالاة لا يمرقها الإسلام ولا يقرها ، لأنه لم يكلف الزوجة بشيء نظير مهرها إلا أن تلي طلب زوجها إذا ما طلبها للدخول والانتقال إلى بيته ، كما أنه لا يقر التغالي في المهور ، بل أن رسول الله بحث على التيسير فيها فيقول : « إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة » رواه أحمد عن عائشة رضي الله عنها ، ويروي مسلم عن أبي هريرة قال : جاء رجل

(١) رواه البخاري ومسلم . راجع زاد المسلم فيا اتفق عليه البخاري ومسلم ج ١ ص

إلى النبي ﷺ فقال : إنني تزوجت امرأة من الأنصار ، فقال له النبي هل نظرت إليها فإن في عيون الأنصار شيئاً ، قال : قد نظرت إليها ، قال : على كم تزوجتها؟ قال : على أربع أواق فقال له النبي ﷺ : على أربع أواق كأنما نتمحتون الفضة من عرض هذا الجبل ، (١) .

ويروي الجعفري في كتبهم أن رسول الله قال : « أفضل نساء أمتي أصبحن وجها وأقلهن مهرأ » (٢) .

وأما المعذون في زيجاتهم فليس ذلك من نفس الزواج ، وانما جاء من سوء اختيارهم واساءة استعمال حقوق الزوجية ، ولو أن هؤلاء الأزواج أحسنوا الاختيار ثم عاشوا بالمعروف أو فارقوا بالإحسان لما وجدت شاكية ولا باكية ، ولا سمعت من يلعن الزواج والمتزوجين .

حكم الزواج أو سفته الشرعية :

لفظ الحكم في اصلاح الفقهاء الشرعيين يطلق على أحد أمرين :

الأول : الوصف الشرعي الذي أعطاه الشارع لفعل المكلف بعد تملق الخطاب به كما يقال : البيع حلال ، والربا حرام ، وخطبة الشخص على خطبة أخيه مكروهة تحريماً وغير ذلك .

والثاني : الأمر المترتب على الفعل كما يقال : حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن ، وحكم الزواج . حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع .

والكلام هنا في بيان الحكم بالمعنى الأول ، وأما الثاني فسيأتي عند الكلام على أنواع الزواج الصحيح والفاقد والنافذ والموقوف إن شاء الله .

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٣ .

(٢) كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤٣ .

والزواج لا يأخذ حكماً واحداً في جميع الحالات ، بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس ، لأن منهم القادر على تكاليفه والعاجر عنها ، وفيهم من يحسن المعشرة الزوجية ومن لا يحسنها ، كما أن منهم من اعتدل مزاجه فلا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة ، ومنهم من لا يستطيع ضبط نفسه عنها إذا لم يتزوج ، وتبعاً لهذا الاختلاف يختلف حكمه فتعدد أحكامه .

فتارة يكون مطلوباً طلباً عتماً فيكون فرضاً يثاب فاعله ويعاقب تاركه ، وأخرى يكون مطلوباً طلباً غير عتتم فيكون مندوباً إليه فيثاب على فعله ولا يعاقب على تركه ، وطوراً يكون ممنوعاً منعاً باتاً فيكون حراماً يعاقب عليه عقاباً شديداً ، وأنا يكون مكروهاً يعاقب فاعله عقاباً أقل من عقاب الحرام .

والأصل في الإنسان أن يكون معتدلاً . بمعنى أن يكون قادراً على تكاليف الزواج واتقاً من نفسه أنه يؤدي حقوق الزوجة دون جور أو ظلم ولا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج .

لذلك جعل الفقهاء حالة الاعتدال هي الأصل في الزواج ، واشتغلوا في حكمها على أقوال .

نشأ هذا الاختلاف من اختلاف وجهات النظر في دلالة النصوص الواردة فيه والغرض المقصود منه .

فمن قائل إنه فرض عين على كل قادر نظر الظاهر النصوص الآمرة به التي تقيد الوجوب مثل « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء » « وأنكحوا الأيامي منكم » « من استطاع الياءة فليأتوج » « توج يا عكاف » وغيرها ، ولأن أصحاب رسول الله التزموه ولم يتركوه ، ومن تركه منهم كان لمعجزه عن تكاليفه كبعض أصحاب الصفة ، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية أتباع داود بن علي

الظاهرى^(١) ورواية عن الإمام أحمد^(٢) ومن قائل إنه فرض كفاية كالجهاد نظراً لأن المقصود الأصلي من الزواج هو بقاء النوع الانساني بالتناسل والتوالد ، ويكتفى في تحقق ذلك أن يفعله البعض فإذا تركه أهل بلد كلهم أثموا ، وهذا يحكى عن بعض فقهاء الحنفية . كما في الكفاية شرح الهداية .

ومن قائل إنه مباح لأنه عقد يقصد به منفعة للعبد . وهي قضاء شهوته ، فيكون مباحاً كالأكل والشرب ، وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية .

ونصب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والجعفرية^(٣) ووافقهم الخنابلة في المشهور عندهم وبعض الشافعية^(٤) إلى أنه سنة مندوب إليه ، لأن القرآن أمر به ، وحض عليه رسول الله في أكثر من حديث وقد قدمنا عدداً منها .

وأن رسول الله أخبر أنه سنته في الحديث المتفق عليه المروي عن أنس بن مالك قال : إن نفراً من أصحاب رسول الله قال بعضهم لا أتزوج ، وقال بعضهم أصلي ولا أنام ، وقال بعضهم أصوم ولا أفطر . فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : « ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكنني أصوم وأفطر وأصلي وأنام وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني »^(٥) .

والأوامر الواردة فيه مصروفة عن الوجوب بقرائن . فقولہ

(١) يقول ابن سزيم في المحلى ج ٩ ص ٤٤٠ : وفرض على كل قادر على الوطء ان وجسد من أين يتزوج أو يتسرى أن يفعل أحدهما ولا بد فان عجز عن ذلك فليكثر الصوم .
(٢) كما يقول ابن قدامة في المنى ج ٦ ص ٤٤٦ . ثم قال . قال القاضي : ان هذا المروي عن أحمد محمول على ما إذا كان يمشى على نفسه الوقوع في الخطر إذا لم يتزوج .
(٣) جاء في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٥ : انه مستحب لمن تأتت نفسه من الرجال والنساء للأحاديث الواردة فيه .

(٤) واجمع حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٥) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٤ ص ٨٥ .

تمالى : « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » مسوقة لبيان العدد المثلل من النساء لا لإيجابه . فلو قلنا إنها للإيجاب لزم أن يكون تزوج العدد واجبا ولم يقل به أحد .

وفي الآية الثانية « وأنكحوا الأيامي منكم » ليس الأمر للوجوب بل هو مصروف عنه بقول الرسول : « إن من سنتنا النكاح » ولأنها واردة لبيان أن الفقر لا يصلح مانعا من التزويج .

ولأن رسول الله لم يؤثر عنه أنه حتم الزواج على كل فرد من القادرين أو توعد بالعقاب على تركه كما هو الشأن في الفرائض الأخرى من الصلاة والزكاة والحج وغيرها .

وأما قصة عكاف فلمه تحقق عنده ما يوجب الزواج عليه . فليس في الأدلة ما يفيد الفرضية .

وأما القول بالإباحة استناداً إلى أنه أمر دنيوي يقصد به قضاء الشهوة فيكون التفرغ للعبادة أفضل منه فقير صحيح ، لأن الزواج ليس مجرد قضاء شهوة ، بل فيه إعفاف النفس عن الفاحشة والقيام بشئون الأولاد وتربيتهم وغير ذلك مما يثاب عليه الشخص فيكون عبادة .

ولأن رسول الله شدد النكير على من هم بترك التزويج ليتفرغ للعبادة فقال « من رغب عن سنتي فليس مني » - فيترجح ما ذهب إليه الجمهور من أنه مستحب مندوب إليه شرعاً .

وقد يعرض للزواج ما يحمله فرضاً أو واجباً أو حراماً أو مكروهاً .

فيكون فرضاً فيما إذا كان الشخص قادراً على تكاليف الزواج واثقاً من نفسه أن يعدل مع زوجته ولا يلحقها الضرر ، ويتقن أنه لو لم يتزوج وقع في الفاحشة ولا يستطيع التحرز عنها بأي وسيلة ، لأن ترك الزنى مفروض عليه

والمانع من وقوعه فيه هو التزوج فيكون وسيلة إلى الفرض . ومن المقرر أن ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً .

فالزواج في هذه الحالة فرض لا لذاته ، بل لأنه وسيلة إلى ترك الحرام ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب .

هذا في حق الرجل . أما المرأة فانه يفرض عليها الزواج إذا عجزت عن اكتساب قوتها وليس لها من ينفق عليها ، وكانت عرضة لمطامع أهل الفساد فيها ولا تستطيع أن تصون نفسها إلا بالزواج .

ويكون واجباً : فيها إذا كان قادراً واثقاً من المدل وخاف الوقوع في الفاحشة إذ لم يتزوج خوفاً لا يصل إلى درجة اليقين ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب لكنه أقل من العقاب في الحالة السابقة (١) .

وقد يكون حراماً ، إذا كان الشخص غير قادر على التكليف أو كان قادراً عليها لكنه يقطع بأنه يظلم زوجته إذا تزوج سواء كان ظلمها بالإيذاء أو بعدم القدرة على المخالطة الجنسية . وذلك لأن الظلم حرام فما يكون طريقاً إليه يأخذ حكمه غير أن حرمة لا لذاته (٢) .

ويكون مكروهاً : إذا خاف الوقوع في الظلم إن تزوج إما لمعجزة عن الإنفاق أو إساءة العشرة لشذوذ في خلقه أو عدم قدرته على المخالطة الجنسية ، فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له التزوج كراهة تحريم أو تنزيه حسبما ينشأ من أنواع الظلم .

(١) للفرقة بين الفرض والواجب هو اصطلاح الحنفية فالأول ما ثبت بدليل قطعي ، والثاني ما ثبت بدليل ظني ، وأما غيرهم فلم يفرقوا بينهما إلا في الحج كما هو مقرر في كتب الفقه والأصول .

(٢) فإذا علمت المرأة أنه غير قادر على المخالطة الجنسية ورضيت بالتزوج به فانه يجوز ، وهكذا لو علمت بمعجزه عن الإنفاق عليها ورضيت فانه يجوز لها التزوج بشرط أن تكون وشيدة .

بقيت حالة أخيرة يتعارض فيها ما يحل الزواج فرضاً وما يحمله حراماً .
وهي ما إذا كان يقطع بالوقوع في الفاحشة إن لم يتزوج كما يقطع بظلم الزوجة
إن تزوج .

وهذه الحالة يقرر الفقهاء فيها أنه لا يتزوج دفعاً للظلم ، لأنه العلاج المتعين
لذلك لقوله تعالى : (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من
فضله) ، وليس معنى هذا أنه يباح له الزنى ، بل الزنى حرام لا يباح في حال
من الأحوال .

وعليه بعد أن يترك الزواج أن يقاوم كلا المحظورين ، فيحارب شهوته بشق
الوسائل ليتغلب عليها ، ويقوم نفسه ليخلصها من رذيلة ظلم الغير . وما يجده
سهلاً عليه يسير على ما يقتضيه ، فإن سهل عليه محاربة الشهوة دون الأخرى
بقي على كفه عن التزوج ، وإن استعصى عليه محاربة الشهوة ووجد من نفسه
ميلاً إلى ترك الظلم تزوج .

الفصل الثاني

في مقدمات العقد

من النظر والخطبة وما يتعلق بها من أحكام . وفيه مباحث

تمهيد : كل عقد من العقود المهمة تسبقه عادة مقدمات ليستوثق الماقد من أنه يحقق رغبته فيقدم عليه وإلا فيعرض عنه ، ولذلك كان التسرع في الارتباط به غالباً يعقبه الندم .

ولما كان الزواج من أخطر العقود لأنه عقد الحياة . فيه من التكاليف والالتزامات ما ليس في غيره وتترتب عليه آثار عديدة . كنبوت النسب وحرمة المصاهرة وغير ذلك زادت عناية الشارع به فجعل له مقدمة نظمها وبين أحكامها تسمى بالخطبة ليكون المتزوج على بينة من الطرف الآخر ، ويتحقق لهما بهذا العقد الراحة والسعادة البتية . والخطبة بكسر الخاء هي أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة لتحل له شرعاً أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها بعد أن توجد عنده الرغبة في زواجها ، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما .

المبحث الأول في النظر إلى المخطوبة

ولتكون الخطبة محققة غايتها ألح الشارع النظر إلى المخطوبة مع كونها أجنبية يحرم النظر إليها ، بل أمر به ورغب فيه مبيناً الحكمة التي تترتب عليه .

وروى البخاري ومسلم وغيرهما عن المغيرة بن شعبه أنه خطب امرأة فقال له النبي ﷺ : « أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » أي أجدر وأدعى أن يحصل الوفاق والملازمة بينكما .

وروى أحمد وابن ماجه عن محمد بن مسلمة قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا ألقى الله عز وجل في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها » (١) وروى أحمد وأبو داود عن جابر قال : « سمعت النبي ﷺ يقول : « إذا خطب أحدكم المرأة فقدر أن يرى منها ما يدعو إلى نكاحها فليعمل » .

فهذه الأحاديث وغيرها تبيح النظر (٢) ولكنها لم تحدد ما ينظر إليه منها ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في بيانه . فذهب الجمهور منهم إلى أنه يباح له النظر إلى وجهها وكفيها معللين ذلك . بأن هذا القدر كاف في التعرف ، لأن الوجه ينسب عن جمالها وحالتها النفسية التي تنطبع على تقاسيمه . كما ينسب الكفان عن حال الجسم من خصوصية أو هزال .

وبعض الحنفية يزيد القدمين ، والحنابلة يزيدون الرقبة .

والجعفرية يوافقون الجمهور في قصر النظر على الوجه والكفين في الرواية

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٩٤ .

(٢) وكما يباح للمخاطب أن ينظر إلى غطوبته كذلك يباح لها الأخرى للنظر إلى من خطبها لتوافق على خطبته عن رغبة ورضى . نص على ذلك الحنابلة كما في كشف الفساج ج ٥ ص ٦ ومثلهم في ذلك الشافعية ففي حاشية القليوبي ج ٣ ص ٢١٨ هـ ينسب للمرأة أن تنظر من الرجل أيضاً غير ما ذكر حرة أو أمة فالخاضل . أن كلا منها ينظر من الآخر ما عدا عورة العلاء . وعدم تعرض الأحاديث لذلك لا يدل على أن الأمر قاصر على الرجل ، بل جاء ذلك من أن المرأة غالباً تكون مستورة فأمر بالنظر إليها أما الرجل فهو ظفر غير مستور يستطيع كل أحد أن يراه ويعرف تقاسيمه ووجاهته وقبحه .

المشهورة . وفي رواية عنهم يضيفون الشعر والمحاسن والجسد كله من فوق الثياب^(١) .

ومن الفقهاء من يتجاوز هذا القدر فيبيح النظر إلى مواضع اللحم كالذراعين والساقين ، لأن الغرض من إباحة النظر هو معرفة حال جسمها على حقيقته . وقد لا يكفي في ذلك رؤية الوجه والكفين^(٢) .

هذا وقد بالغ داود الظاهري فأباح النظر إلى جميع البدن . ولعله أخذ بظاهر بعض الأحاديث التي تقول : « أنظر إليها » ... ولكن هذا الظاهر غير مراد لأن بعض الأحاديث الأخرى قيدت النظر بالبعض « أن يرى منها بعض ما يدعو إلى نكاحها فليفعل » .

ومع ذلك فالأحاديث لم تحدد جزءاً معيناً فكان الاختلاف في فهم المراد منها . وهو بوجه عام أن ينظر إلى ما يحقق مقصوده . فقد روى عبد الرزاق وسعيد بن منصور أن عمر رضي الله عنه كشف عن ساق أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه لما بعثها إليه لينظرها .

وروي عن جابر أنه قال : « خطبت جارية فكنت أنجباً لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فأتزوجتها » .

وإذا لم يمكنه النظر أرسل امرأة يثق فيها تنظر إليها وتخبره بهاها .

وقت النظر

أما وقت النظر فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكون عند الخطبة ، وذهب

(١) المختصر للنافع ص ٩٦ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦ وفيه : وله أن يكرر النظر إليها وأن ينظرها قائمة ومشاة .

(٢) نقل الشوكاني في نيل الأوطار ج ٥ ص ٩٥ هذا القول عن الأوزاعي كما نقل عن داود الظاهري جواز النظر إلى جميع البدن .

آخرون إلى أنه يكون قبلها عندما يعزم على التقدم لخطبتها ، لأنه أوفق بحال المرأة ، لأنه إذا نظر إليها قد توافق رغبته ، فيقدم وقد لا تعجبه فيجزم عنها . فإذا نظر إليها عند خطبتها ثم رغب عنها ترك ذلك في نفسها ألما وحسرة ، أما إذا كان النظر قبل الخطبة وقبل أن تعلم بذلك ولم يجد فيها ما يشجعه على التقدم لخطبتها فإنه لا يترك في نفسها شيئا . ولعل في قول رسول الله ﷺ « إذا ألقى الله عز وجل في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها » ما يؤيد ذلك الرأي .

ونحن نرى أنه لا بأس بأن ينظر إليها قبل الخطبة وبعدها ، لأن النظر إليها قبل الخطبة يدعو إلى إعلان خطبتها إذا ما صادفت في نفسه قبولا ، والنظر بعدها يؤكد هذه الرغبة بعد إعلانها .

ويحسن أن يكون مع النظر محادثة كل منها للآخر لينكشف له مقدار تفكيرها وعذوبة حديثها بشرط أن يكون مع وجود أحد محارمها كابيها أو أخيها أو عمها أو خالها حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى مفسدة ولا بأس من تكرار ذلك بهذا الشرط .

أما ما وراء ذلك من الخشوة بها والخروج معها ومصاحبتها إلى دور اللهو والمتنزهات فباق على تحريره .

فرسول الله ﷺ يقول - فيما يرويه أحمد عن جابر بن عبد الله - : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فإنتها لهما الشيطان » (١) .

هذا هو الطريق المستقيم الذي رسمه الشارع للتعرف على المخطوبة فأين منه مغالاة بعض الناس في منهم النظر متملئين بأنه يحرج حكراتهم ويلحق بهم

(١) منتقى الأخبار شرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٩٥ .

الأساءة ، وتقرط الآخرين في إباحتهم الاختلاط لا إلى حد زاعمين أن الاختلاط يكشف لكل منها ما عليه الآخر من خلق سيء أو حميد .

فأنا نقول للأولين : لو كان في النظر ما تدعون لما أباحه الشارع - على لسان رسوله - وهو العلم الخبير بما فيه مصلحة عباده فيبيعه لهم وما فيه ضررهم فيمنعه ويحذر منه .

ونقول للآخرين: إن هذا الاختلاط - مع ما فيه من مفسد تؤيدها الحوادث العديدة - لا يؤدي إلى ما زعمتم ، لأن كلا من الخاطب والمخطوبة يظهر غالباً بغير حقيقته فيلتزم الحذر حتى لا ينكشف أمره بل يتصنع ما ليس فيه كي يلقي قبولاً عند الطرف الآخر ، وقد قيل في الأمثال « كل خاطب كاذب » حتى إذا ما تم الزواج انكشف القناع وظهر كل منها على حقيقته .

وحوادث التغرير والتضليل التي تقع كل يوم ونشرها الصحف شاهد صدق على ما نقول .

المبحث الثاني

في من تباح خطبتها

إذا كانت الخطبة وسيلة إلى الزواج فيجب ألا تكون المرأة المراد خطبتها محرماً عليه زواجها، لأن الغاية إذا كانت حراماً كانت الوسيلة كذلك والاشتغال بها عبث لا فائدة فيه .

من أجل ذلك قرر الفقهاء أنه لا تجوز خطبة امرأة محرمة عليه تحريماً مؤبداً بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة . كأخته من النسب أو الرضاع وزوجة الأب أو الابن وأم الزوجة أو بنتها وسائر المحرمات على التأبيد . وسيأتي بيانها إن شاء الله .

وقد وضع الفقهاء قاعدة لمن تجاوز خطبتها فقالوا . إن من يجوز الزواج بها في الحال تجاوز خطبتها .

ولما كانت المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها في طريق زوال المانع منها أثناء عدتها تكلم الفقهاء عن حكم خطبتها بشيء من التفصيل .

إن المعتدة من طلاق رجعي لا تجوز خطبتها بالاتفاق ، لأن زوجيتها لا تزال قائمة ، وحق الزوج في مراجعتها قائم ، فله مراجعتها في أي وقت قبل انتهاء عدتها رضيت أم كرهت ، فتكون كالزوجة من كل الوجوه فتحرم خطبتها بأي شكل تصريحاً كانت أو تصريحاً . لما في ذلك من إبداء لزوجها أو إثارة للزاع بينه وبين من خطبها . ولا يجوز ذلك حتى ولو أذن الزوج في تلك الخطبة لأن حق الشارع في المنع قائم فلا يجوز إهداره .

أما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى ^(١) فالحنفية يذهبون إلى أنه لا تجوز خطبتها . لا تصريحاً ولا تصريحاً ^(٢) لأن المطلق البائن إن قطع

(١) الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الزوج في الاستمتاع ولا حل الزوجة له فيجوز له مخالطتها جنسياً ويكون ذلك رجماً له عند الحنفية ، والطلاق البائن بينونة صغرى يزيل ملك الزوج في الاستمتاع فلا يجوز له قربانها ولكنه لا يزيل الحل . بمعنى أنه يحل له أن يعقد عليها من جديد ، وأما البائن بينونة كبرى فإنه يزيل الملك والحل معها ، فلا يجوز للمطلق التمتع بمطلقة ولا العقد عليها حتى تنكح زوجاً غيره .

(٢) الفرق بين التصريح والتبريض . أن التصريح أن يذكر لفظاً لا يشمل معنى غير رغبته في التزوج بهذه المرأة نحو أرغب في الزواج منك ، أو جئت لحطبتك ، أو أطلب الزواج بك . وأما التبريض أو التلميح . فهو أن يذكر لفظاً له معنى ظاهر ويشمل معنى آخر ولكنه لا يقصد به معناه الظاهر كقوله : أنت تقية صالحة أو مهذبة ، أو أريد للتزوج ، أو وجدت أنفسه يتيسر لي امرأة صالحة ، أو إذا انقضت عدتك فاعلميني ، أو يذكر فضله ومزله . فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي متأثمة من أبي سلمة فقال : لقد علمت أنني رسول الله وخبرته من خلقه وموضعي من قومي وكانت تلك خطبته . وروي الدارقطني عن سكينه بنت حنظلة قالت : استأذنني محمد بن الحسين ولم

رباط الزوجية إلا أن بعض آفاره باقية ، وهذا كاف في منع خطبتها لئلا يؤدي ذلك إلى إثارة النزاع بين مطلقها وبين من خطبها .

ومن ناحية أخرى : إن إباحة خطبتها قد يعملها على ارتكاب محذور إذا رغبت في زواج من خطبها - فتقر بانقضاء عدتها في مدة زاعمة أنها حاضت فيها ثلاث حيضات وتصدق في ذلك الأقرار لأنه أمر لا يعلم إلا من جهتها وليس لأحد سلطان عليها . بخلاف المتوفي عنها زوجها فإن جواز التعريض في حقها لا يؤدي إلى هذا المحذور حيث تعتمد بوضع الحمل إن كانت حاملا أو بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملا (١) .

وأما أصحاب المذاهب الأخرى ومهم الجعفرية فقرروا أنه لا يجوز خطبتها تصريحاً مراعاة لجانب الزوج المطلق ، لأنها ممتدة منه ، وقد يثير النزاع بينه وبين من خطبها ، وجوزوا خطبتها بطريق التعريض لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن وهو كاف في جواز التعريض الذي لا يثير النزاع بينه وبين مطلقها .

وقد أيد القائلون منهم بالقياس (٢) ذلك بقياسها بالمتوفي زوجها حيث جاز التعريض بخطبتها بالنص يحامع انقطاع الزوجية فيها .

= تنقض عدتي من مهلك زوجي فقال: عرفت قرابتي من رسول الله وقرابتي من علي وموضعي من العرب فقلت غفر الله لي يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ عنك بخطبتي في عدتي ؟ قال : انما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي ذنيل الاوطار به ٦ ص ٩٣ وانما سمى ذلك تمريضاً لأن الخطبة لا تفهم من عبارته صراحة وانما تفهم من عرضه وجانبه ولذلك لا يفهما كل أحد .

(١) والسر في جعل عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام . هو أن هذه المدة هي التي يعلم فيها وجود الولد وعدمه ، فانه يكون أربعين يوماً نطقه ثم أربعين علقه ثم أربعين مضفة فهذه أربعة أشهر ثم ينفخ فيه الروح في الدور الرابع فقدر عشرة أيام لتظهر حياته بالحركة إن كان هناك حل . ابن القيم في اعلام اللوطين ج ٢ ص ٣٨ .

(٢) وهم أصحاب المذاهب الثلاثة السنية ، لأن الجعفرية لا يقولون بحجية القياس كما هو المقرر في أصول الفقه .

ولا يخفى أنه قياس مع الفارق ، لأن الزوجية بالوفاة قد انتطعت إلى غير رجة ، أما في الطلاق البائن فيمكن رجوعها بالعقد عليها في البينة الصغرى . وهو كاف في الفرق بين المقيس والمقيس عليه . على أن المحذور الذي يتصور في خطبة المطلقه بانئا وهو ادعاء انقضاء العدة قبل وفاها غير موجود في خطبة المتوفي عنها زوجها ، لأن عدتها إما يوضع الحمل إن كانت حاملا أو بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملا وكلاهما لا يمكن فيها الادعاء كذبا .

أما المعتدة عن وفاة زوجها فقد اتفقت كلمة الفقهاء فيها على أنه لا تجوز خطبتها تصريحاً وتجاوز خطبتها بطريق التعريض .

يدل لذلك قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يابصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير . ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حلیم » سورة البقرة / ٢٣٤ - ٢٣٥ .

فهذا النص الكريم يبين عدة المتوفي عنها زوجها والأحكام المتصلة بها ورفع الجناح عن التعريض بخطبتها في العدة ، ونهى عن المواعدة بالنكاح ، ولكن لا تواعدوهن مرأ ، وهو الخطبة الصريحة ، ثم نهى عن العقد عليها حتى تنتهي عدتها . والمراد بالنساء هن المتوفي عنهن أزواجهن بدليل سياق الكلام فيقتصر الاستثناء على موضعه (١) .

(١) فالحنفية يحلون هذا الكلام راجعا إلى المتوفي عنها زوجها لغيرها ، والجمهور يرجعونه إلى كل ما تقدم من التوفي عنهن أزواجهن والطلقات . وكذلك صح عندهم حديث فاطمة بنت قيس وقد أباح فيه الرسول التعريض بخطبتها وهي في عدة الطلاق الثلاث . بينما لم يصح هذا الحديث عند الحنفية هذا هو مبنى الخلاف بين الفريقين .

والسر في إباحة التعريض . إن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ولا أمل في عودتها فليس هنا زوج يتضرر من هذا التعريض ، وقد يكون في ذلك عزاء لهذه المرأة التي فقدت عائلتها ، فلا ينقطع أملها في الحياة الكريمة في ظل زوج كريم . وأما منع التصريح فمراعاة لجانب المرأة من ناحية أخرى وهو أحداها على زوجها ، فلو أبيع التصريح لحمل المرأة على التزين وترك الأحداد . على أن الزوج لا يعدم أن يكون له أقارب يلحقهم الأذى بهذا التصريح . والله في تشريعائه حكم وأمرار لا نستطيع الوقوف عليها كلها بعلمنا القاصر . وصدق الله إذ يقول : « وما أوتيتم من العلم إلا قليلا » .

أثر تلك الخطبة المحرمة :

عرفنا أن الفقهاء متفقون على تحريم الخطبة في الحالات السابقة لعدم توفر شرط صحتها . وهو كون المرأة بمن تحمل له عندها .

فإذا فرض وأقدم شخص على خطبة واحدة منهن كان مرتكباً أمراً محرماً يعاقب عليه في الآخرة ، ولو عقد عليها في العدة كان العقد باطلاً لا نعلم في ذلك خلافاً بين الفقهاء . أما إذا عقد عليها بعد انتهاء عدتها بناء على الخطبة السابقة كان العقد صحيحاً وترتب عليه آثاره على الأصح عند الجمهور (١) .

(١) يقول الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٩٤ : واختلفوا هل تحمل له بعد ذلك ، فقال مالك والليث والأوزاعي لا يحمل نكاحها بعد ، وقال الباقر : بل يحمل له إذا انقضت العدة أن يتزوجها إن شاء الله ١ .

وقد اختلفت الصحابة قبلهم فيها فذهب عمر رضي الله عنه إلى تحريمها عليه تعريفاً مؤبداً زجراً ومعاملة له بتقيض مقصوده ، وذهب علي كرم الله وجهه إلى أنها تحرم عليه في العدة فقط وتحمل له بعد العدة عملاً بالبراءة الأصلية .

المبحث الثالث

في الخطبة على الخطبة

قد تكون المرأة متوفراً فيها شرط صحة الخطبة . وهو كونها بمنزلة محل له في الحال . غير أنه عرض لها عارض وهو أن غيره سبقه إلى خطبتها . ففي خطبتها اعتداء على الخطاب الأول .

وهذه الخطبة ورد النبي عنها فيها رواه أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » .

وما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » وفي رواية « حتى يترك الخطاب قبله أو يأذن له الخطاب » (١) .

فهذه الأحاديث تفيد تحريم الخطبة على الخطبة لظاهر النهي والتميز بلا محل . وهو ما ذهب إليه جماهير الفقهاء . وإذا كان النهي مسلطاً على الخطبة على خطبة الغير منعاً لما يترقب عليها من إثارة النزاع وهذا يصدق من غير شك على من أجبت خطبته وقبلت رغبته .

أما من رفضت خطبته فلا يشملها النهي ، ومثلها في ذلك ما إذا أذن الخطاب الأول للثاني كما صرح به بعض الأحاديث ، لأننا لو منعنا خطبتها لغير الأول لألحقنا بها الضرر البالغ وهذا ما لا يقصده الشارع .
ولأن الخطبة في هذه الحالة لا تسمى خطبة على خطبة ، لأن المرأة لا تسمى حينئذ مخطوبة للخطاب الأول .

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٩١ .

أما إذا لم يفصل في الخطبة الأولى برأي لا بقبول ولا برفض . وهي حالة التردد والسكوت فهل تدخل في ذلك ويكون منهيًا عنها أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

أولهما : وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة ومالك وغيرهما . أن الخطبة في هذه الحالة ممنوعة ، لأن الأحاديث الناهية تتناولها حيث أن الأول يسمى مخاطب والمرأة مخطوبة له . وهذا السكوت من جانبها وإن لم يدل على الرضى بالمخاطب فهو لا يدل على الرفض ، لاحتمال وجود أصل الرغبة ، والسكوت للتحري عن المخاطب ليتحقق الاطمئنان الكامل والرغبة التامة ، فأباحة الخطبة الثانية في هذه الحالة قد يترتب عليها زوال تلك الرغبة ورفض خطبة الأول وهو نوع اعتداء عليه والله لا يحب المعتدين .

وثانيها : إباحة هذه الخطبة وهو أحد الرأيين عن الشافعي وبعض الشيعة مستندين في ذلك إلى ما رواه أصحاب السنن عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثاً فلم يحمل لها رسول الله سكتى ولا نفقة وقال لها الرسول : إذا حلت فأذني فآذنته فخطبها معاوية وأبو جهم وأسامة بن زيد ، فقال رسول الله : « أما معاوية فرجل ترب لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ، ولكن أسامة ، فقالت بيدها هكذا أسامة ، فقال لها رسول الله طاعة الله وطاعة رسوله . قالت فتزوجته فاغتبطت » (١) .

قالوا : إن الرسول لم ينكر على واحد من هؤلاء الثلاثة خطبته وإنما أرشدها إلى أفضلهم . وهذا الاستدلال يتم لهم لو ثبت أن هؤلاء خطبوا متوالين ، وأن كل واحد منهم كان يعلم بخطبة من سبقه إليها ، وهو لم يثبت بعد ، لاحتمال

(١) المربع السابق ص ٩٢ . رجل ضراب : أي كثير الضرب النساء . في رواية أخرى لا يضع عصاه عن هاتكه

أنهم خطبوها في وقت واحد أو على التوالي دون أن يعلم المتأخر بخطبة السابق .

أثر هذه الخطبة في العقد المترتب عليها :

إذا خطب شخص مخطوبة غيره وعقد عليها فهل يكون لهذه الخطبة المنهي عنها أثر في صحة العقد ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة :

١ - ذهب الحنفية والشافعية والجمعونية إلى أنها لا تؤثر في العقد قضاء . على معنى أن القاضي لا يحكم بفسخه وينقذه ، وإنما أثرها ديني فقط حيث أنه ارتكب أمراً منهيًا عنه فمقا به أخروي ، لأن هذه المخالفة لم تكن في نفس العقد بل في وسيلته وهي لا تؤثر فيه ، لأنها ليست جزءاً من العقد ولا مقدمة لازمة فيه ، فلو عقد شخص عقد الزواج دون أن يتقدم عليه خطبة كان عقده جائزاً شرعاً .

٢ - وذهب داود الظاهري إلى أنها تؤثر فيه ، فيكون العقد فاسداً يجب فسخه مطلقاً سواء دخل بها أو لم يدخل ، لأن الخطبة المنهي عنها ليست مقصودة لذاتها بل لأجل الناية منها وهي العقد ، فيكون المنهي مسلطاً على العقد .

ونحن نقول لهم : إن سبب النهي ما يترتب على المنهي عنه من الفساد ، وهنا يترتب على مجرد الخطبة فساد وهو المدوان على حق الغير وما يثيره ذلك من من النزاع حتى ولو لم يتم العقد من الثاني ، وإن كان المدوان يتم والنزاع يستحكم بالعقد المترتب على تلك الخطبة ، فيكون المنهي مسلطاً على نفس الخطبة .

٣- ونذهب المالكية في الرأي المشهور عنهم^(١) إلى التفصيل بين حالتي الدخول وعدمه ، فيقولون : إن هذه الخطبة تؤثر في العقد قبل الدخول لا بعده . بمعنى أن القاضي إذا علم به قبل الدخول فسخه ، لأن هذا العاقد تعدى ما ندبه الشارع إليه ، وإذا علم به بعد الدخول فلا فسخ ، لأن العقد تأكد بالدخول فلا يجوز فسخه لما يترتب عليه من أضرار .

هل للخطبة المشروعة اجراءات مرسومة ؟

أذن الإسلام في الخطبة كمقدمة للزواج ، وأمر الخاطب أن ينظر إلى غطوئته ، ورسم الآداب التي يسير عليها الخاطبان ولم يجعل لها إجراءات معينة لأنها ليست عقداً بل هي مقدمة له ، غير أنه جعل للعقد إجراءات معينة تختلف فيه عن سائر العقود .

ولهذا تقع الخطبة في البلدان الإسلامية بدون إجراءات معينة إذا استثنينا لبنان وسوريا ، لأنها عملاً بقانون حقوق العائلة الذي أصدرته تركيا سنة ١٩١٧ ووضع فيه إجراءات معينة تتم الخطبة على نهجها نظراً لأنه قانون شامل لأحكام الأسرة للمسلمين وغير المسلمين .

ولما كان الشعب اللبناني يتكون من طوائف متعددة ، ولكل طائفة نظامها الخاص في الزواج ومقدماته . وقد عمل بذلك القانون ولا يزال يعمل إلى الآن وجد عندهم اجراءات معينة تجري عليها الخطبة الفرض منها التثبت من أهلية راغبي الزواج وعدم وجود مانع يمنع منه . وهي في مجلتها إجراءات

(١) ولهم رأيان آخران : أحدهما الصحة كما يقول الجمهور ، وثانيهما الفساد مطلقاً كما يقول دارد كما في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢١٧ وفيه أن الفسخ قبل الدخول سواء طلبه الخاطب الأول أو لا لكن عباراتهم مختلفة في أن الفسخ واجب أم مستحب وهو الصواب .

شكيلة لأجل توثيق العقد^(١) بمعنى أن العقد لا يوثق بدونها لا يؤثر على صحة عقد الزواج إذا لم توجد ، لأن أحكام العقد تتبع شريعة كل طائفة على حدة .
وانما يظهر أثر ذلك في عدم سماع الدعاوي المتعلقة به أمام القضاء إذا لم يكن موثقاً .

وهذه الإجراءات منصوص عليها في المواد من ١ - ١٤ من الملحق لقانون حقوق العائلة^(٢) . تتلخص في أنه يمرض أمر مريدي الزواج على هيئة غتارة من القرية أو المحلة التي يقيان فيها إذا كانا من قرية أو محلة واحدة لتبحث حالها ، فإذا لم يكونا من قرية أو محلة واحدة عرض أمر كل منهما على هيئة قريته أو محله لبحثه . وبعد البحث تمطيتها تصريحاً بإجراء عقد الزواج .

يذكر فيه اسم الطرفين وشهرتها وأبوجها وصنعتها وعملها ومحل إقامتها إن كان الزواج يحتاج إلى إذن الولي . ولا تملك الهيئة الامتناع عن إعطاء التصريح حتى ولو وجد مانع يمنع أو لم يتوفر إذن الولي ، بل عليها أن تعطي التصريح مع بيان المانع أو عدم إذن الولي .

وتعطى مع التصريح لكل من الطرفين تذكرة شخصية ، ويقدم للمحكمة التي يكون فيها إقامة أحدهما . وعلى المحكمة أن تفحص هذا التصريح والأوراق التي معه فإن رأت نقصاً أعادته إلى مقدمه لإكاله . فإذا ظهر لها من الفحص عدم أهلية أحدهما للزواج أو قام به مانع من الزواج ردت طلب العقد بقرار مبين أسباب الرد ، ويقيد في دفتر أساس المعاملة ويدرج في الضبط .

وإذا وجدت في بيان الهيئة أن الولي غير موافق . وموافقته لازمة لإتمام

(١) أو بتبديل آخر هي إجراءات لإعلان عقد الزواج قبل إجراءاته تطبيقاً للمادة ٣٣ من ذلك القانون ونصها : « يعلن عقد النكاح قبل إجراءاته » .
(٢) المنون له بنظام المعاملات الإدارية المتعلقة بقرار حقوق العائلة .

العقد طلب إلى الولي أن يحضر بنفسه أو وكيله ليبين أسباب عدم موافقته أمام طالبي الزواج ، ثم تبحث اعتراضات الولي والرد عليها. وتثبت ذلك في محضر ، ثم تصدر قرارها في ذلك بقبول اعتراض الولي ورفض توثيق الزواج أو برفض اعتراضه وإمضاء الزواج ، فإذا لم يحضر الولي أو حضر ولم يبد أسباباً لاعتراضه رفض اعتراضه .

وإذا وجدت المحكمة أن الأوراق كاملة ولا يوجد مانع من الزواج بحثت عن سننها في إدارة النفوس ، فإذا ثبتت صحة الأوراق وما بها من بيانات أعلنت أنه سيتم إجراء عقد الزواج ، وإن من له اعتراض عليه يبينه للمحكمة في مدة لا تزيد على عشرة أيام تبدأ من يوم الإعلان .

وإذا كان أحد الحاضرين يقيم في غير دائرة هيئة المحكمة تكتب إلى المحكمة التي يقيم في دائرتها ، وتعلق نسخة من الإعلان في ديوان المحكمة ، ونسخة أخرى في محل اجتماع الناس .

وإذا رأت المحكمة أن من الضروري نشر صورة من هذا الإعلان في الجريدة نشرته واحتفظت بنسخة من الجريدة في الملف .

وإذا الصق الإعلان بثبت تاريخ الإصاق ويوقع على محضر الإصاق الحاضرون في وقته ويحفظ المحضر في الملف ، وإذا أصدرت المحكمة قرارها يجوز عقد الزواج منحت الإذن باستماع صيغة العقد ، وعينت ثالبا عنها يحضر العقد ، وينص في وثيقة العقد أسماء الماقدنين وشهرتهما ووالدهما وصنعتهما ومحل إقامتهما ودينهما وتابعتيهما وأسماء الشهود وشهرتهم وشهرة المعرفين والوكلاء إذا أجرى العقد بالوكالة وشهود الوكالة وصناعتهم ومحل إقامتهم ومقدار المهر المسمى والشروط المبينة في العقد .

المبحث الرابع

في العدول عن الخطبة وما يترتب عليه

إذا تمت الخطبة سواء صحبها قراءة الفاتحة كما يفعله كثير من الناس أو لم يصحبها ذلك لا تخرج عن كونها وعداً بالزواج والوعد ليس عقداً فلا يكون ملزماً كالعقد ، فيصح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها ، لأننا لو قلنا بالزامها لملنا الخاطبين على ما لا يريدانه . وفي هذا من الضرر ما لا ينبغي .

قد يقال : أليس خلف الوعد من الرذائل المنهى عنها ؟ قلنا نعم ما لم يترتب على الوفاء به ضرر بين ، ولهذا ينبغي ألا يقدم أحد الخاطبين على فسخ الخطبة إلا لسبب واضح يحمل الحياة الزوجية مضطربة غير مستقرة .

أثر العدول عن الخطبة :

إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما فما الأثر المترتب على ذلك بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر أو هدايا ، ولما لحق أحد الطرفين من أضرار يعرف ذلك بالتفصيل الآتي :

أما بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر أو هدايا فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب رد ما قدمه من مهر قليلا كان أو كثيراً ، لأن المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره ، وما دام الزواج لم يوجد فلا حق لها في أخذ المهر بل هو حق خالص للزوج ، فإن كان قائماً أخذه بيمينه ، وإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

وأما ما قدمه من هدايا . فالفقهاء متفقون في الجمله على ردها وإن اختلفوا في التفاصيل .

فالشافعية يذهبون إلى وجوب الرد مطلقاً بأقية أو غير بأقية ، فإن كانت موجودة ردت بعينها ، وإن هلكت أو استهلكت وجب رد مثلها أو قيمتها سواء كان العدول من قبله أو من قبل المخطوبة أو منها معاً .

والحنفية يذهبون إلى وجوب ردها إن كانت موجودة في يدها من غير زيادة متصلة بها لا يمكن فصلها . فإن هلكت كعقد فقد أو ساعة تكسرت أو استهلكت كطعام أكل أو ثوب لبس وبلي ، أو زادت زيادة متصلة لا يمكن فصلها ككباش خيط ثوباً ، أو خرجت عن ملكها بأن تصرف فيها ببيع أو هبة لا يجب ردها في جميع تلك الصور ، لأنهم أعطوا الهدية حكم الهبة ، والهبة يمتنع الرجوع فيها بموانع منها الهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها .

والحنفية يفصلون بين ما إذا كانت الهدية عند اهدائها مشروطة بالزواج أو لا ، فإن كانت مشروطة بالزواج من المهدى يجب ردها ولو هلكت ، وإن لم تكن مشروطة به فصكها كالحكم عند الحنفية .

والمالكية في أصل المذهب عندهم لا رجوع بشيء مما أهداه الخاطب ولو كان الرجوع من جهتها ، ولكن الفتوى في المذهب برأي آخر عندهم هو الأوفق كما يقولون يفصلونه على الوجه الآتي :

إن كان هناك عرف أو شرط بالرد وعدمه يعمل به ، وإن لم يكن شرط ولا عرف ، فإن كان العدول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء من هداياه ، لأنه ألها بمعدوله عن خطبتها فلا يجمع عليها مع هذا الإيلاء إيلاماً آخر . وإن كان العدول منها وجب عليها رد ما أخذته بعينه إن كان قائماً أو مثله أو قيمته إن كان هالِكاً ، لأنه لا وجه لها في أخذه بعد أن ألمته بفسخ خطبته .

ولأن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة بل هو هبة مقيدة فانه لولا

الخطبة الموصلة للزواج ما قدم لها شيئاً ، فإذا لم يتحقق الزواج لم يتحقق الفرض الذي من أجله قدم الهدايا . والمعدل يقضي بأن الملتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله .

وقد أخذ بهذا الرأي في مشروعات الإصلاح التي وضعت في مصر لكنه لم يتقرر بعد .

ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان الآن :

أما مصر فالعمل في القضاء يجري فيها على مذهب أبي حنيفة حيث لم يصدر تشريع يخالف ذلك إلى الآن .

أما في لبنان فقانون حقوق العائلة ينص في مادته الثانية على أنه « بعد تمام الوعد إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطاهما حساباً من المهر عينا إن كانت قائمة وبدلاً إن تلفت . أما الأشياء التي أعطاهما الطرفان لبعضهما بعضاً هدية فتجري أحكام الهبة بحسبها » .

وعلى ذلك يكون العمل في حق المسلمين السنيين مثل المعمول به في مصر لأن أصل قانون حقوق العائلة مذهب أبي حنيفة إلا في بعض مسائل ليست هذه منها .

وكذلك في حق الجعفرية إذا لم تكن مشروطة بالزواج من المهدي لاتفاق مذهبهم مع مذهب الحنفية في ذلك . أما إذا كانت مشروطة فالعمل بمذهبهم .

وفي رأينا أنه إذا وجد شرط كهذا يكون شرطاً صحيحاً يجب الوفاء به فيتقارب المذهبان (١) .

(١) أما الطائفة الدرزية فالمعمول به في حقهم ما جاء باللائحة - ٢٦ - من قانونهم وهو =

الاختلاف فيما قدمه (١) :

هذا هو حكم ما قدمه من مهر أو هدية عند فسخ الخطبة فيحكم به إذا كان الخاطب والخطوبة متفقين على نوعه . فإن اختلفا بأن قال الخاطب هو من المهر ليكون له حق الاسترداد مطلقاً ، وقالت هو هدية ليمتنع الاسترداد إذا وجد مانع من الموانع السابقة فأجبا يصدق ؟

الحكم في هذه المسألة يختلف باختلاف صورها . وقبل بيان أحكام الصور المختلفة نذكر أموراً مقررة في الفقه بتطبيقها تعلم الأحكام المطلوبة .

١ - عند إقامة كل من الطرفين المتنازعين البينة تقدم بينة من لم يشهد له الظاهر ، لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ، فإن لم يكن إلا بينة من طرف واحد قضى بها ، لأن من أقامها نور دعواه وأيدها بالحجة .

٢ - الظاهر في هذا النزاع يشهد للزوج لأن الإنسان يعمل أولاً على أداء ما عليه من الواجبات لتبرأ ذمته ثم بعد ذلك يتبرع .

٣ - العرف يرجع إليه عند المعجز عن إقامة البينة ، فيكون الظاهر مع من يشهد له العرف فيقضي بقبوله مع يمينه ، وعلى ضوء هذه الأمور نقول :
إذا أقام أحدهما البينة وحده قضى له ، لأنه أيد دعواه بالحجة ولا معارض لها .

= يتفق في الجملة مع مذهب المالكية ونسبها « فإن كان الرجوع من الخاطب فلا يجوز له أن يسترد شيئاً بما قدمه سواء كان باقياً وقت رجوعه أولاً ، وإن كان الرجوع من جهتها وجب عليها أن ترد كل شيء بنفسه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن كان مالكاماً ما لم يكن بينهما شرط فيعمل به » .

(١) لما كان الممل بملذبة الحنفية في مصر وبقانون المائلة في لبنان وهو مأخوذ من مذهب الحنفية ومذهب الجعفرية قريب منه رأينا أن نتكلم عن حكم اختلاف الخاطبين عند الرجوع في نوع الممل للخطوبة أمراً من المهر أم هدية ليكون القارىء على بينة منه .

وإذا أقام كل منها البينة على دعواه رجحت بينتها ، لأنها أثبتت خلاف الظاهر ، والبينات شرعت لإثباته والظاهر هنا مع الزوج كما قلنا ، لأنه يجب عليه المهر دون الهدايا ، والإنسان يسمى أولاً لأداء الواجب عليه ثم يتبرع .

وإذا عجزا عن إقامة البينة حكمنا العرف ، فإذا جرى بأن ما قدم يكون مهراً قضى للزوج إذا حلف اليمين .

وان كان جاريّاً على أنه يعتبر هدية قضى لها مع اليمين أيضاً ، فان نكل أحدهما عن اليمين حكم للآخر لأن النكول عن اليمين إقرار بصحة دعوى الخصم .

وإذا لم يوجد عرف في ذلك فالقول له مع اليمين لأنه المظني . وهو أدرى بما أداه إن كان مهراً أو هدية إلا إذا كان ما أعطاه لا يستساغ في عرف الناس أن يكون مهراً كالأشياء المأكولة . مثلاً . .

الضرر المترتب على العدول عن الخطبة :

قد يعدل أحد الطرفين عن الخطبة فيصيب الطرف الآخر ضرر مادي أو أدبي فهل يجب على المادل أن يعرضه عنه ؟

مسألة لم يعرض لها الفقهاء القدامى إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم ، وإما لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلكها الطرفان أثناءها لا يترقب على فسحها ضرر متى التزم الطرفان هذا السلك . وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين فيما يفعلون .

فهل كان في المسلمين الأولين من يشترط على الزوجة جهازاً معيناً ، أو يشترط على الزوج شراء أشياء معينة غير ما قدمه من مهر ؟ وهل كان فيهم من يترك الخطيب يأخذ مخطوبته ويذهب بها حيث يشاء دون رقيب بدعوى تصرف كل منهما على الآخر قبل الدخول في الحياة الزوجية ؟

لم يكن شيء من ذلك ، وإنما هي أمور أحدثها الناس ، وليس معنى هذا أن تنف الشريعة عاجزة عن أن تعطي كل محدث من الأمور حكمه المناسب .
كيف وقد قال الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » .

تاريخ المسألة وتطورها في القضاء :

لم تثر هذه المسألة أمام القضاء إلا بعد أن استقرت القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية ، وتمكنت العادات المستوردة في نفوس الشرقيين الذين يدينون غالباً بالإسلام .

أثيرت في دوائر القضاء الذي يحكم في الأضرار المادية والأدبية وتعويضها .

وانقسم القضاء فيها أول الأمر إلى فريقين : فريق يرى وجوب التعويض محاولاً جعل الخطبة اتفاقاً ملزماً باعتباره التزام كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم . ومن ثم يكون المدول عن الوفاء بهذا الالتزام موجباً للتعويض عن الضرر المادي والأدبي إلا إذا أثبت العادل سبباً معقولاً لعدوله .
وفريق آخر يرى أن المدول لا يوجب التعويض على من عدل عن الخطبة ، لأن المدول حق ثابت لها غير مقيد بشرط ، والعادل إنما استعمل حقه ولا ضمان في استعمال الحق .

ولأن الذي ناله الضرر يعلم أن للطرف الآخر المدول في أي وقت شاء ، فإذا أقدمت المخطوبة على الجهاز مثلاً بناء على الخطبة فالضرر لحقها نتيجة اغترارها ولم يفرح بها أحد ، وكذلك المخاطب إذا أعد بيته بناء على الخطبة يكون مقترراً لا مفرراً به ، وكان الواجب على من وقع عليه الضرر أن يتفاده قبل

الوقوف فيه بأن يطلب من الطرف الآخر البت في المسألة إما بإمضاء الزواج أو فسخ الخطبة ، وحيث أنه لم يأخذ الحيلة لنفسه فليشمل نتيجة تقصيره .

ولما كان كل من المسكينين باطلاقة فيه نوع مفالة ، لأن الأول أخرج الخطبة عن طبيعتها من أنها مجرد وعد لا التزام فيه إلى أنها اتفاق ملزم بإجراء عقد الزواج ، وفيه تسليط نوع من الإكراه على إتمام عقد الزواج ، لأن كلا من الطرفين قد يقدم على العقد وهو غير راغب فيه خوفاً من التعريض الذي يلزم به لو فسخ الخطبة . وفي الإكراه على الزواج إجبار شخص على التزوج بامرأة لا يرغب فيها ، أو إجبار امرأة على التزوج برجل رغبت عنه ، وهذا يتنافى مع المبادئ التي يقوم عليها عقد الزواج عقد الحياة والسكن والمودة وتكوين الأسرة السعيدة .

والثاني نظر إلى طبيعة الخطبة وأنها مجرد وعد لا التزام فيه ، وإن العدول عنه حق مقرر لكل من طرفيه ولم يلتفت إلى أن هذا الحق قد يساء استعماله فيارتب عليه الضرر أو ينضم إليه أمور أخرى يتسبب عنها الضرر . من أجل ذلك وقفت محكمة النقض موقفاً وسطاً بين المسكينين السابقين .

فجاء في حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ هـ إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منها أن يعدل عنه في أي وقت شاء وخصوصاً أنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتواعدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتداً بالتعريض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه - باعتبار أنها مجرد وعد فعدول - قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً

أو أدبياً بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة التضمن على من وقعت منه ،
وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن المدول المجرد أفعال
ضارة موجبة للتضمن .

وقد قال الدكتور السنهوري إن القضاء في مصر انتهى إلى المبادئ
الثلاثة الآتية :

- ١ - الخطبة ليست بمقد ملزم .
- ٢ - مجرد المدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض .
- ٣ - إذا اقترن بالمدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضرراً بأحد الخطبيين
جاز الحكم بالتعويض .

وهذا الذي انتهى إليه الأمر في القضاء وإن كان الفقهاء لم يصرحوا به إلا
أنه يتفق مع الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » الذي استنبط
الفقهاء منه قاعدة « الضرر يزال » وقاعدة « التسبب في الضرر يوجب الضمان
إذا كان عمداً »^(١) كما يتفق مع مبدأ إساءة استعمال الحق ، فيكون التعويض
في الحقيقة ليس عن مجرد المدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر لكل من
الطرفين ، وإنما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت المدول أو سبقتة ،
فتدخل المسألة في باب التفريق الموجب للضمان .

وحينئذ ينظر للضرر المترتب على المدول إن كان للطرف الآخر دخل فيه
بسبب حصل منه حكم بالتعويض ، كما إذا تركت المرأة الموظفة وظيفتها
بتحريض من المخاطب لتتفرغ لشئون البيت بعد الزواج ، أو قامت بإعداد
الجهاز اللازم بإيعاز منه ثم عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض .

(١) للادنان ٣٠ ، ٩٣ من المجلة المدنية ونص الثانية « التسبب لا يضمن إلا بالعمد » .

ومثل ذلك إذا قام الخاطب بإعداد بيت الزوجية بإيعاز من غطوبته ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتمويض ، لأن الضرر الذي لحقه كان بسبب تغريها .

أما إذا فعل كل منهما ذلك دون إيعاز من الآخر ، ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اغتراره هو وعدم ترثه في الأمر فلا تمويض لأنه هو الذي جلب على نفسه الضرر .

الباب الثاني

في

أركان العقد وشروطه وطرق إثباته وأنواعه

وفيه فصول

تمهيد

في بيان معنى الركن والشرط

لكل عقد من العقود مقومات . وهي الأمور الأساسية التي لا يمكن أن يتصور وجود العقد بدونها سواء أكانت جزءاً منه كالإيجاب والقبول ، أو كانت من اللوازم العقلية لأجزائه كالمقدين والمحل .

وإنما كانت هذه لوازم ، لأن العقد ارتباط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما وهذا الارتباط إنما يكون من شخصين غالباً وهما الماقدان ، ولا بد أن يكون على شيء معين هو محل العقد ، ويسمى المقود عليه ليظهر أثر العقد فيه . وبعد ذلك يكون له غاية هي المقصد الأصلي الذي شرع العقد له ، وتسمى في عرف القانونيين موضوع العقد ، وعند الفقهاء حكم العقد أي الأثر المترتب عليه .

ففي عقد الزواج الذي تتكلم عنه . الماقدان هما الزوج والزوجة إن تولت العقد بنفسها عند من يجوز ذلك ، وعند المانعين الماقدان هما الزوج وولي الزوجة . ومحل العقد هو المرأة ^(١) وبعبارة أدق : هو الانتفاع بالمرأة ، لأن العقد ليس على ذاتها وإنما على الانتفاع بها بالتمتع الخاص .

(١) هذا عند الحنفية . والمالكية يقولون : إن محل العقد هو الزوج والزوجة المعلومان الخاليان من الموانع الشرعية وهو قول الشافعية ، وهذا أشبه بالفقه ، لأن حل الاستمتاع ثابت لهما . فكما أن الرجل يتمتع بالمرأة كذلك هي تتمتع به .

والغاية المقصودة هي حل الاستمتاع .

وقد أوجب الشارع في تلك المقومات أوصافاً تكميلية تسمى في عرف الفقهاء بالشروط . كإهلية الماعدين له وقابلية الحل لحكمه . فالعقد المنتج لآثاره له أركان وشروط لا يوجد العقد معتبراً شرعاً بدونها .

معنى الركن والشروط :

ركن الشيء في اللغة هو الجانب القوي الذي يمكنه كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك ببناءه ^(١) .

وفي الاصطلاح الشرعي : ما يكون به قوام الشيء بحيث يعد جزءاً داخلاً في حقيقة . وذلك كالإيجاب في العقد فإنه جزء داخل في حقيقته لا يوجد العقد بدونه .

والشروط في اللغة هو إلزام الشيء والتزامه كما في البيع ونحوه كالشرطة وجمعه شروط ..

وبالتحريك « الشرط » العلامة وجمعه أشراط . ومنه أشرط الساعة أي علاماتها ^(٢) .

- والفرق بين الرأيين أن من يقول إن محل المرأة يحمل حق المطالبة بالتحاطة الجنسية للرجل فله أن يجبرها على ذلك ، أما من يقول لها أن تجبره إلا مرة واحدة ، ولكن يجب عليه ديانة أن يحسنها ويعطى حتى لا تفسد أخلاقها .
ومن يقول : إن محل الرجل والمرأة يحمل حق المطالبة بهذا لكل منهما لأن العقد على انتفاع كل منهما بالآخر .

(١) قوام الشيء بالكسر هو عماده وملاكه الذي يقوم به . وقد يفتح كما في مختار الصحاح .

(٢) القاموس المحيط وألسن البلاغة .

وفي الإصلاح الشرعي : أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعاً . مثل حضور الشهود في الزواج عند جمهور الفقهاء فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج ، لكنه يتوقف عليه وجود الزواج واعتباره صحيحاً في نظر الشارع عندهم .

وكون المرأة محلاً للزواج . بالألا تكون محرمة عليه تحريماً مؤيداً أو مؤقناً عند الفقهاء جميعاً ، فإن هذا أمر خارج عن حقيقة العقد الذي هو ارتباط بين كلامين أو ما يقوم مقامها يتوقف عليه وجود العقد المعتبر شرعاً .

فالركن والشرط يتفقان في أن كلا منهما يتوقف وجود الشيء على وجوده ، ويفترقان في أن الركن جزء من الحقيقة والشرط ليس جزءاً منها .

بعد هذا التمهيد نفصل الكلام على أركان الزواج وشروطه .

الفصل الأول

في أركان الزواج وفيه مباحث

المبحث الأول

في صيغة العقد والألفاظ التي تتحقق بها

عقد الزواج له ركنان : الإيجاب والقبول ^(١) . والإيجاب هو ما صدر من أحد العاقدين أولاً دالاً على ما يريده من إنشاء العقد . ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجباً ، والقبول هو ما صدر ثانياً من الطرف الآخر دليلاً على موافقته على ما أوجبه الأول . ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلاً . فأول الكلامين إيجاب سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة ^(٢) ، وسمي

(١) هذا عند الحنفية ، ونسب جمهور الفقهاء من أهل السنة ومعهما الجعفرية إلى أن أركانه أربعة الإيجاب والقبول والزوجان ، وعبارة الشيعة للزواج ركنان الصيغة والزوجان أما للمهر فليس ركناً ولا شرطاً .

فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٧٦ .

(٢) ونسب الجمهور ومعهما الجعفرية إلى أن الإيجاب يكون من جانب المرأة أي من جانب الملك وإن جاء متأخراً ، والقبول يكون من المملك وهو الزوج لذلك تكلوا على جواز تقديم القبول على الإيجاب فاجازوه في المشهور عنهم . لأن الإيجاب من جانب المرأة وهي تستحي غالباً من الابتداء به فاعتقر ذلك هنا . راجع الشرح الكبير بمحاشية الصوفي ج ٢ ص ٢٢ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨ فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٧١ .

إيجاباً لأنه أوجد الالتزام ، وسمي الثاني قبولا ، لأنه رضا بما في الأول من التزام وإلزام وما فيه من التزام بالنسبة للقابل كان نتيجة لرضاء بما تضمنه قول الأول من إلزام .

ما يتحقق به الإيجاب والقبول :

الأصل في تحقق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة ، وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة في بعض صورته .

ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينعقد بها من ناحية مادتها وناحية صورتها .

أما الأولى : فقد اتفقوا على أنه ينعقد بكل لفظ مأخوذ من مادي الزواج والنكاح ، لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بها . كما اتفقوا على عدم انعقاده بألفاظ الإباحة والإحلال والإيداع والإعارة والرهن ، لأنها لا تقيد التحليل والزواج من عقود التحليل ، لأنه يفيد ملك المتعة للزوج .

وكذلك لا ينعقد بلفظ الوصية ، لأنها وإن أفادت التملك إلا أنه تملك مضاف لما بعد الموت ، والزواج يفيد التملك في الحال ، فلم توجد علاقة مسوغة لاستعمال لفظ الوصية في الزواج .

وكذلك لفظ الإجارة ، وإن خالف فيه الكرخي من الحنفية لكن رأيه مرجوح ولا معنى له ، لأنها وإن أفادت ملك المنفعة في الحال إلا أنها شرعت مؤقتة بوقت معين والزواج شرع على الدوام والتأييد ، وكل تأقيت فيه يلحق به الفساد على الأصح .

واختلفوا فيما عدا ذلك من الألفاظ كالقبة والتمليك والبيع والصنعة والمجمل . فالشافعية والحنابلة^(١) منعوا انعقاده بهذه الألفاظ كلها وقصره على

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣١٦ والمفني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٣٢ . والحنابلة رأي آخر وهو أن في انعقاده بلفظ الهبة روايتان راجع الانصاف ج ٨ .

لفظي النكاح والتزويج وما اشتق منها كأما متزوج مثلاً . مستندين إلى أن الزواج عقد له خطره إذ به تحل المرأة بعد أن كانت حراماً وتثبت به الأنساب ، ففيه ناحية تعبدية تجعلنا نتقيد بما ورد عن الشارع فيه من ألفاظ ، ولم يرد في مواضع تشريعه في القرآن إلا هذين اللفظين جاء ذلك في أكثر من عشرين آية منها (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) النساء / ٣ / (وأنكحوا الأيامى منكم) النور / ٢٢ / (فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكمها) الأحزاب / ٣٧ / ومن هنا قالوا : إن المراد بكلمة الله في الحديث « واستحلتم فروجهن بكلمة الله » الزواج والنكاح . لأنها الواردة في القرآن فلا يصح أن يقاس غيرهما عليهما .

على أن الزواج مشروط فيه الشهادة فلا بد أن يكون اللفظ الذي يعقد به صريحاً حتى يعرف الشهود ما شهدوا عليه . أما غيرهما من الألفاظ فإنها لا تدل عليه إلا بالنية والقرينة ، وقد يخفى ذلك على الشهود فلا تصح شهادتهم^(١) ويوافقهم الشيعة الجعفرية^(٢) في قصره على هذين اللفظين .

والحنفية صححوا استعمال هذه الألفاظ مع القرينة الدالة على أن المتكلم أراد بها الزواج كذكر المهر معها وإحضار الشهود وما شابه ذلك ، لأن هذه

(١) وفي هذا يقول عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام ج ٢ ص ٧٧ « ولا يتمين المعقود لفظ إلا النكاح فإنه يتمين له لفظ التزوج أو الإنكاح لأن جميع الألفاظ لا تستقل بالدلالة على مقاصد الزواج ، فإن لفظ البيع والمبة يدل على نقل الملك في الرقبة ثم المنافع والثبات بعد ذلك مستفادة من الملك غير معقود عليها ، ولفظ الأجرة يدل على قليل النعمة المقدرة ، والنكاح مؤجل بموت أقصر الزوجين محرراً وبالعمري إن مات الزوجان معاً ، وجميع ألفاظ المعقود لا تدل على خصائص النكاح وإن قري جميع ذلك لم يصح لأن الشهادة شرط في صحة النكاح ولا اطلاع للشهود على النيات » .

(٢) ففي المختصر للناظم ص ١٩٣ ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة زوجتك وإنكحتك وممتلك وجهاً في هلمش هذه الصفحة وفي تذكرة الفقهاء : لا يتمدد الدائم بلفظ اللذة عند أكثر علمائنا . وقال بعضهم يتمدد الأول أقوى ، وراجع أيضاً شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨ .

الألفاظ تفيد تمليك المين في الحال ولا تقبل التوقيت ، فإذا قالت المرأة للرجل : وهبت لك نفسي بمهر كذا أو ملكتك نفسي أو جعلت لك نفسي بمهر قدره كذا أو قال ولها ذلك وقبل الرجل ينمقد الزواج ، لأن القرينة تبين المراد منها ، وأنه لا يقصد بها حقيقتها ، بل يقصد بها الزواج ، وأي شخص يفهم منها الزواج إذا ذكر المهر مع حضور الناس الحفل المعد للزواج .

أما دعوى أن النصوص الشرعية لم تذكر في معرض تشريعه إلا لفظي النكاح والزواج فتعبر مسلمة ، لأن القرآن ذكر لفظ الهبة أيضاً في مقام تشريعه في قوله سبحانه : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي » الأحزاب / ٥٠ / ودعوى الخصوصية بالنبي غير مسلمة ، لأن الخصوصية الثابتة له في هذا هي الزواج بدون مهر لا في خصوص لفظ الهبة ، لأن الله قد قال بعد ذلك : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم لكي لا يكون عليك حرج » ونفى الحرج عن رسول الله لا يكون في اختصاصه بمقد الزواج بلفظ خاص . وهو أفصح الخلق على الإطلاق ، وإنما يكون في تزويجه بدون مهر وصدر الآية يقول : « يا أيها النبي إنا أحلنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن ... » إلى أن قال : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي » وهذا يفيد مجموعه ، أنا أحلنا لك الزواج بمهر وبغير مهر لكي لا يكون عليك حرج .

وقد وردت السنة بلفظ التملك في قصة المرأة التي جاءت تمرض نفسها على النبي فأعرض عنها إلى أن قال أحد أصحابه . يا رسول الله إن لم يكن بك حاجة إليها فزوجنيها فمأله عن مهر يعطيه لها واعتذر بأنه لا يجد شيئاً . وفي النهاية قال له الرسول : « قد ملكتكها بما معك من القرآن »^(١) . وإذا ورد النص بهذين اللفظين فيكون ما يفيد معناهما مثلها فلا وجه لمنع

(١) منتقى الأخبار يشرح قبل الأوطار ج ٦ ص ١٤٥ ، وفي الحديث وروايتان أحدهما : وقد زوجتكم والأخرى قد ملكتكم وكلاهما متفق عليهما كما يقول صاحب المنتقى .

الزواج بهذه الألفاظ . والمالكية توسطوا بين المذهبين فأجازوا التزويج بلفظ
الهمة إذ ذكر معها الصداق. كأن يقول طالب الزواج : هب لي ابنتك بمهر كذا،
أو يقول ولي المرأة وهبت لك ابنتي بمهر كذا ، ويقول الآخر قبلت .
قد يقال : إن الحديث روى برواية أخرى بلفظ زوجتكها فتكون تلك
الرواية بالمعنى وهي لا تثبت مدعاهم .

والجواب : إن الراوي الذي رواها لو لم يكن يعلم أن لفظ « التملك »
ينعقد به النكاح شرعاً ما جاز له التمييز به عن التزويج والله أعلم .
ويرى بعض فقهاء المالكية أنه يصح بالألفاظ أخرى من كل ما يدل على البقاء
مدة الحياة كتصدقك ومنحت وبعث وملكت وأعطيت^(١) .
ويلاحظ هنا أمران :

أولهما : أن هذا الخلاف السابق بين الفقهاء إنما هو في الإيجاب فقط ، وأما
القبول فينتحق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا من أي مادة كقبلت ورضيت
ووافقت وأمضيت وغيرها باتفاق الحنفية والمالكية والحنابلة وأحد القولين عند
الشافعية^(٢) . وثانيهما : أن العمل في جمهوية مصر العربية بمنهجه الحنفية .

وفي لبنان يجري العمل بمقتضى قانون حقوق العائلة وهو ينص في المادة
(٣٦) على أن الإيجاب والقبول في النكاح يكون بالألفاظ الصريحة كأنكحت

(١) الفرائد الغراني شرح رسالة بن أبي زيد ج ٢ ص ١٥٢ . وعبارته « والمينة هي كل
ما يدل على الرضا من الزوج والولي أو من وكيلها كأنكحت وزوجت أو وهبت وتصدقك أو
منحت أو أعطيت مع ذكر الصداق . وفي الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢١ يصرح بأن لفظ الهمة
متفق عليه ، وأما غيرها ما يدل على البقاء مدة الحياة ففيه تردد . وفي حاشية الدررقي قسم
الألفاظ أربعة . ما ينعقد به ولو لم يسم صداقاً زوجت وأنكحت، وما ينعقد مع ذكر الصداق
كوهبت ، وما فيه تردد وإن ذكر الصداق كبعت وملكت ومنحت، وما لا يعقد به مطلقاً
للتناق كألحمت وأعرت ونحوهما .

(٢) والقول الآخر لا بد أن يقول قبلت الزواج نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢١٧ .

وزوجت ، وظاهر أنه يطبق بالنسبة للمسلمين جميعاً منيين وجمافرين ، لأنه لا يخالف مذهب الجعفرية . وقد مر آنفاً أنهم يوافقون في قصر انقضاء الزواج على لفظي الزواج والنكاح .

هل يشترط في صيغة الزواج أن تكون باللغة العربية ؟

جمهور الفقهاء على أنه ليس بشرط فينمقد بهذه الألفاظ بأي لغة كانت عربية أو غير عربية سواء كان العاقدان قادرين على العربية أو عاجزين عنها ، لأن المقصود هو التمييز الواضح عن إرادة العاقدين . وهو يصح بأي لغة وفي رأي اللشاقمية (١) أنه شرط فلا يجوز للقادر على العربية أن يعقده بغيرها ، ويوافقهم الجعفرية في المشهور عندهم (٢) . لأن الزواج فيه ناحية تعبد فأشبه الصلاة فكما أنها لا تصح بغير العربية للقادر عليها فكذلك الزواج ، ولأنه لم يشرع إلا بلفظين ورد بها القرآن فترك العربية إلى غيرها ترك المشروع إلى غيره فلا يصح ، أما العاجز عنها فقد قام المدر في جانبها وصار كالآخرس .

وإذا كان أحد العاقدين يحسن العربية والآخر لا يحسنها . فمن جواز للقادر على العربية التعبير بغيرها يجوز هنا لها التعبير بغير العربية ، ومن منع يقول :

(١) والشاقمية رأي ثالث لا يصح بغير العربية حتى من العاجز عنها بل عليه ان يصبر عن الملعن حتى يتعلم العربية أو يوكل غيره ليعقده بالعربية المرجع السابق ص ٢١٦ .

(٢) المختصر المتابع ص ١٩٣ ولا تجزئه الترجمة مع القدرة على النطق وتجزئه مع العجز كالأعجم . ومثل ذلك في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨ ، وقال : ولو عجز أحد المتعاقدين تكلم كل واحد منهما بما يحسنه . وفي وسيلة النجاة لأبي الحسن الأصفهاني ص ٣٠٥ ، والاسوط لزوماً كونه فيهما باللفظ العربي فلا يجزئه غيره من سائر اللغات إلا مع العجز عنه ولو بتوكيل الغير وعند ذلك لا بأس بلفظاته بغيره لكن بمباراة يكون مفادها مفاد اللفظ العربي بحيث يعد ترجمة له .

إن من يحسن العربية يعبر بها لقدرته عليها ومن لا يحسنها يعبر بلفته لقيام العذر في جانبه فسقط عنه كالآخر .

ثم يشترك في الشهود عند ذلك معرفة لفتيهما ، فان كان كل منهما يجهل لغة الآخر ترجم بينهما مترجم يعرف لفتيهما .

وبعد ذلك لا يشترط في اللغة التي ينعقد بها الزواج أن تكون هي الفصحى ، بل يصح بها وبغيرها كالعامية فيصح أن يقول جوزني وجوزتك بدل زوجتي وزوجتك .

وأما الثانية وهي الصيغة والمهينة : فالأصل في العقود أن تكون بلفظين ماضيين ، لأن المقصود بالعقد إنشاء معنى في الحال لم يكن موجوداً من قبل ، وهذا لم يوضع له في اللغة ألفاظ خاصة ، ولكنهم استعملوا صيغة الماضي لأنها المعبرة عن حصول رضا الطرفين وتوافق إرادتهما قطعاً ، أما المضارع والأمر فإنهما لا يدلان على ذلك قطعاً ، لأن المضارع موضوع للأخبار عن حصول الفعل في الحال أو الاستقبال ، والأمر موضوع لطلب تحصيل الفعل في المستقبل ، فاحتمال المساومة والعدة موجود فيهما . ولما كان عقد الزواج لا يحتمل المساومة أو العدة لأنه تسبقه عادة مقدمات كالخطبة وغيرها من إرسال الهدايا ودفع المهر أو جزء منه صح أن يستعمل في إنشائه لفظ المضارع أو الأمر استثناء من قاعدة إنشاء العقود .

لذلك قرر فقهاء الحنفية أن عقد الزواج يكون بلفظين ماضيين أو بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر للحال أو الاستقبال ، لأن القرينة السابقة مانعة من احتمال معنى آخر غير إنشاء العقد .

على أن إحضار الشهود وإعداد الحفل ودعوة الناس غالباً قرينة أخرى تؤكد إرادة إنشاء العقد بقوله زوجني نفسك أو أتزوجك .

فلو قال الرجل لولي المرأة : تزوجني ابتك بصيغة المضارع فقال له

زوجتكما تم العقد دون حاجة إلى عبارة أخرى ، وكذلك لو قال بصيغة الأمر كزوجني أختك إذا قصد بها إنشاء العقد لا مجرد طلب الوعد أو تعرف رغبته ^(١) ومثل ذلك لو كان الباديء المرأة أو وليها .

والجعفرية يوافقون الحنفية في هذا في جملة .

جاء في المختصر النافع ^(٢) « وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي . الأحوط نعم ، لأنه صريح في الإنشاء ، ولو أتى بلفظ الأمر كقوله : زوجنيها فقال زوجتك قبل يصح ، ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله : أتزوجك قبل يجوز » .

المبحث الثاني

في انعقاد الزواج بغير الكلام

إذا كان العاقدان في مجلس واحد وكنا قاضين على الكلام فلا ينعقد الزواج بينها إلا به ، فلا ينعقد بالكتابة ، لأنه يشترط في صحته حضور الشهود وسماعهما كلام العاقدين عند جامعي الفقهاء ، وهذا لا يتيسر في الكتابة ، ولأن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية وبالكتابة يكون سراً ، والرسول ﷺ يأمر بإعلانه « أعلنوا هذا النكاح » .

وإذا لم ينعقد بالكتابة فأولى ألا ينعقد في هذه الحالة بالإشارة لأنها أضعف في بيانها من الكتابة .

(١) أما إذا قصد بها مجرد تعرف الرغبة أو طلب الوعد فلا ينعقد بها العقد لأن اللفظ ذاته محتمل . ولذلك قالوا : لو قال أتزوجك فقالت زوجت فأنه يصح لأنه لا يمثل طلب الوعد لأن الشخص لا يطلب من نفسه الوعد . راجع رد المختار لابن عابد ج ٢ ص ٣٦٣ .

(٢) ص ١٩٣ .

وأما العاجز عن الكلام كالآخرى . فإن كان لا يحسن الكتابة ينعقد بإشارته المعروفة بالاتفاق بين الفقهاء ، لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها ، ولا يزوجه وليه إن كان بالغاً ، لأن الحرص كالصمم لا يوجب الحجر عليه . وإذا كان يحسن الكتابة فهل يصح عقده .

في مذهب الحنفية روايتان . إحداهما : أنه ينعقد ، لأن الأصل في العقد أن يكون بالكلام ، فإذا عجز عنه طلب معرفة غرضه بأي وسيلة . ويستوى في ذلك الإشارة والكتابة لأنها يدلان على مراده .

وثانيها : أنه لا ينعقد بالإشارة ، بل لا بد من الكتابة ، لأنها أقوى بيانا من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة فإنه لا يعرفها إلا القليل ، وإذا لم يتساويا اعتبر الأقوى .

والعمل في جمهورية مصر العربية على الرواية الثانية حيث نصت المادة ١٢٨ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن « إقرار الآخرى بإشارته المعبودة ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » .

والشيعة الجعفرية يذهبون في المشهور عندهم إلى أنه لا ينعقد الزواج بالكتابة - وإن لم يشترطوا فيه الشهادة - معللين ذلك بأن الكتابة كناية والزواج لا ينعقد بالكنايات .

وأن الآخرى القادر على التوكيل يكتفي منه بالإشارة إذا لم يحسن الكتابة وإن أحسنها فالأولى أن يجمع بينها وبين الإشارة المهمة ^(١) . فهو لا يختلف عن مذهب الحنفية في ذلك كثيراً .

(١) راجع فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية ج ٥ ص ١٧٩ ، وفي وسيلة النجاة للأصفهاني ص ٢٠٥ التكاثر على قسمين دائم ومتقطع وكل منهما يحتاج إلى عقد مشتمل على إيجاب وقبول بالظنين دالين على إنشاء المني المقصود والرضا به دلالة معتبرة عند أهل المحاربة . فلا يكفي الرضا القلبي عند الطرفين ولا الماطاة الجارية في غالب المعاملات ولا الكتابة وكذا الإشارة للمهمة في غير الآخرى .

وإذا لم يكن الطرفان في مكان واحد جاز أن يكون أحد شطري العقد بالكتابة وهو الإيجاب . كأن يكتب مريد الزواج إلى الطرف الآخر كتاباً يتضمن عبارة الإيجاب . مثل زوجيني نفسك أو تزوجتك ، فإذا وصل الكتاب إليها قرأت الكتاب أمام شاهدين أو أخبرتها بمضمونه . كأن تقول « إن فلاناً أرسل إلي بطلب الزواج مني وأنا أشهد كما أنني قبلت زواجه فإذا سمع الشاهدان الإيجاب والقبول تم العقد ، ولو سمعا قبولها فقط دون الإيجاب لا يصح العقد ، لأن الشرط السماع للإيجاب والقبول »^(١) .

ومثل الكتابة في هذا إرسال الرسول الذي يبلغ إيجاب الموجب ، فلو أرسل شخص رسولا لامرأة ليلفها أنه يقول لها : تزوجتك أو زوجيني نفسك فتقول : قبلت زواجه أو زوجته نفسي تم العقد إذا كان أمام شاهدين سمعا كلام الرسول بالإيجاب وقبولها في مجلس تبليغ الرسالة .

هذا ولا خلاف بين الفقهاء في أن الزواج لا ينمقد بالأفعال . كأن تقول امرأة لرجل زوجتك نفسي بمائة دينار مثلاً فيدفعها إليها الرجل من غير أن يتكلم أو قام وسلم عليها مفتبطاً بما قالته لم ينمقد العقد حتى ولو كان أمام شهود ، لأن الإسلام رسم له طريقة يعقد بها ليست هذه منها .

ولأن الناس كانوا يتزوجون في عهد رسول الله وفي عهد أصحابه بل وفي جميع المصور ولم يؤثر عنهم أنهم عقدوا الزواج بهذه الصورة . بخلاف العقود الأخرى فإن الكثير منها كانوا يعقدونه بالأفعال « التعاطي » فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب والزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده .

وأما الأقرار بالزواج . كأن يقول الرجل هي امرأتي . فيحكى فيه مذهب الحنفية رأياً . أحدهما : أنه لا ينمقد الزواج به ، لأن الأقرار إظهار لما هو

(١) راجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٠ والآنصاف السنباطة ج ٢ ص ٥٥ .

ثابت وليس بإنشاء . وهذا لا يتنافى مع ما صرحوا به من أن التكساح يثبت بالتصادق ، لأن الاقرار لا يكون من صيغ العقد ، والمراد بقولهم إنه يثبت بالتصادق أن القاضي يثبت الزواج بالتصادق ويحكم به .

والرأي الآخر : أنه ينبغي به إن كان يحضر من الشهود ويجعل الأقرار إنشاء . كما لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فانه ينقد به ، وإن لم يكن يحضر من الشهود لا ينقد ^(١) .

والحق إنه تفصيل في المذهب فان الأول محمول على ما إذا قصدا مجرد الأخبار عن حصول عقد الزوجية بينها في الماضي ولم يكن بينها عقد أو كان العقد بغير شهود ، والثاني على ما إذا قصدا بالأخبار إنشاء العقد فينقد في الحال .

وما ينبغي التنبيه عليه هنا أن الزواج لا ينقد بواسطة المرأة « الهاتف » لأنه يشترط لصحته حضور شاهدين يسمعان كلام الماقدين ويفهمان المراد منه إجمالا عند جماهير الفقهاء .

وحضور الشهود وسماعهم ممكن في حالة اجتماع الماقدين في مكان واحد وفي حالة إرسال الرسول أو الكتاب لأن السماع ممكن فيها .

أما في التكلم في الهاتف فان الشاهدين يسمعان كلام أحد الماقدين فقط وسماعها الأيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف في صحة العقد ، وكذلك لو شهد اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر لأن الشهادة لم توجه على العقد ^(٢) . وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال إنه ينقد متى تأكد

(١) راجع الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٦٥ .

(٢) يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٣٣ : وبغير الكتاب والرسالة لا ينقد الزواج بين غائبين فلو قالت امرأة أمام شاهدين زوجت نفسي من فلان وهو غائب فبئله الخبر فقال قبلت =

كل من الطرفين من شخصية الآخر ووضوح عبارته والتأكد من ذلك عير
لاشتباه الأصوات وإمكان تقليدها .

المبحث الثالث

في انعقاد الزواج بعبارة واحدة

هل يكفي في عقد الزواج عبارة واحدة من شخص واحد تقوم مقام
الإيجاب والقبول من طرفيه ؟

اتفق الفقهاء على أن الأصل في العقود ذات الطرفين هو تلاقى إرادتين من
شخصين يدل عليها عبارتان هما الإيجاب والقبول ، وأن النتائج المترتبة على كل
عقد منها مختلفة بالنسبة لكل من طرفيه ، فهذا بملك وذاك متملك ، وهذا
مطالب بتسليم شيء وذاك مطالب به ، وهذا ملزم بشيء وذاك ملتمز به .

ولكن الخلاف بينهم في كون هذا الأصل يسري على كل العقود حق عقد
الزواج أم هو مستثنى منه ؟

فالشافعي يذهب إلى أن عقد الزواج لا يوجد بعبارة واحدة من شخص
واحد ، لأن النتائج المترتبة عليه موزعة بين طرفيه ، فالزوجة تطالب بتسليم
المهر ، والزوج مطالب به ، وهو يطالبها بالدخول ، وهي مطلوبة منها ذلك .
وهكذا ، ولا بد لهذه الحقوق المختلفة من طرفين ، لأن الشخص الواحد لا يجوز
أن يكون مطالباً ومطالباً بشيء واحد .

= أو قال رجل بحضرة شاهدين تزوجت فلانة وهي غائبة قبلها الخبر فقالت: زوجت نفسي منه
لم يميز وإن كان القبول بحضور ذلك الشاهدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف
ينعقد ويتوقف على إجازة الثائب ، لأن عقد الزواج يجوز أن يتولاه شخص واحد ، ووجه قولهما
أن أحدهما لا ولاية له فلا ينعقد العقد فالوجود شرط العقد لا كله .

ولأنه ورد في الزواج حديث يقول : « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح
خاطب وبولي وشاهدا عدل » .

ولكنه استثنى صورة واحدة جوز فيها انعقاد الزواج بعبارة واحدة، وهي
ما إذا زوج الجدة حفيديه أحدهما الآخر كأن يزوج بنت ابنه المتوفي لابن ابنه
المتوفي كذلك إذا كان في زواجهما مصلحة . لأن ولاية الأجداد في الزواج عنده
لا تثبت إلا للأب والجد ، فلضرورة وجود ولي واحد للصغيرين وعدم صحة
توكيل كل منهما لغيره صح هذا العقد . وقد وافقه زفر من الحنفية في أن الزواج
لا ينعقد بعبارة واحدة عملاً بالقياس ، وهو الأصل العام في العقود . وأبو حنيفة
وصاحبه يذهبون إلى أن عقد الزواج مستثنى من الأصل السابق ، فيصح فيه
أن يتولاه شخص واحد بعبارة واحدة ، لأنه ورد فيه بخصوصه ما يدل على
ذلك ، ويوافقهم الحنابلة على ذلك .

فقد روي أبو داود عن عتبة بن عامر أن النبي ﷺ قال لرجل : « أترضى
أن أزوجهك فلانة ؟ قال : نعم . وقال للمرأة : أترضين أن أزوجهك فلاناً ؟
قالت : نعم » فزوج أحدهما صاحبه .

وروي البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأُم حكيم بنت قارظ :
أجمعين أمرك إلي ، قالت : نعم ، قال : قد تزوجتك . فقد تم الزواج في
الحديث الأول بعبارة واحدة من رسول الله ﷺ بوكالة من الزوجين .

وفي الأمر بعبارة من شخص له صفتان شرعيتان . أصالة عن نفسه ووكالة
عن المرأة .

وصحة هاتين الصورتين تقوم على وجود الصفة الشرعية للعاقدة التي تجيز له
تولي العقد ، فيثبت الحكم لسائر الصور التي تتوفر فيها الصفة الشرعية .

ولهذا شرط أبو حنيفة ومحمد في صحة هذا العقد أن يكون للعاقدة صفة

شرعية بالنسبة لطرفي العقد تجيز له إنشاء العقد . سواء كانت متحدة كالولاية عليهما أو الوكالة عنهما أو مختلفة . كالأصالة من جانب والولاية من الآخر أو الأصالة من جانب والوكالة من الآخر ، أو الوكالة من جانب والولاية من الآخر .

فإذا زوج الشخص ابنه الصغير بنت أخيه المتوفي إذا كانت في ولايته ، أو زوج امرأة لرجل قد وكله كل منهما في تزويجه ، أو زوج الرجل نفسه من بنت عمه التي في ولايته ، أو زوج الرجل نفسه امرأة وكلته في تزويجها منه . أو وكله رجل آخر في أن يزوجه ابنته ففعل .

فهذه خمس صور يصح فيها العقد لوجود الصفة الشرعية . وهي إما الأصالة في تزويج نفسه أو الولاية على الغير أو التوكيل من الغير .

ثم قالوا : إن المحظور السابق لا يوجد في عقد الزواج ، لأن أحكام العقد ترجع إلى الزوج والزوجة ، ومتولي العقد ما هو إلا سفير ومعبّر عنهما ، فعبارته قائمة مقام المبرتين ومعبرة عن إرادتين ، فتكون إيجاباً بالنسبة لأحدهما وقبولاً بالنسبة للآخر .

وبعد ذلك قالوا : إن الحديث الذي استدل به الشافعي ومن وافقه ضعيف ، لأنه نقل بسندين في أحدهما راو ضعيف وفي الآخر راو قال عنه البخاري : إنه منكر الحديث فلا يصح للاستدلال به .

وأما ما عدا تلك الصور ففيها الخلاف في المذهب الحنفي . وهي ما إذا لم تكن له صفة أصلاً بالنسبة للطرفين ، أو كانت له صفة بالنسبة لأحدهما دون الآخر ، وهي مسألة تزويج الفضولي . فأبو يوسف يصحح العقد ويجعله موقوفاً

بالنسبة لجانب الفضولي ، وأبو حنيفة ومحمد ذهباً إلى عدم صحته ^(١) .
وفي المذهب الجعفري روايتان إحداهما عدم الجواز وثانيتهما الجواز وهي
الراجحة عندهم ، لأنها مروية عن كبار فقهاءهم غير أن العاقد الواحد يأتي بعبارتين
تفيد أن الإيجاب من طرف والقبول من الآخر ^(٢) .

(١) وجه الفرق عندهما (أبي حنيفة ومحمد) أنه عند وجود الصفة الشرعية العاقد تكون
قرينة على أنه قائم مقام الأصل ومعبّر عنه فتعتبر عبارته ، أما عند انعدام الصفة فلا توجد
قرينة تدل على أنه قائم مقامه ومعبّر عنه فتكون عبارته ملفاة .
(٢) فقه الإمام جعفر الصادق أحمد جواد مفتية ج ٥ ص ١٨٥ .

الفصل الثاني

في شروط عقد الزواج

وفيه مباحث

تميد : يشترط في هذا العقد أنواع من الشروط . فشرط لانعقاده ، وأخرى لصحته ، وثالثة لتنفاذه ، ورابعة للزومه ، وهذه أمور مرتبة في كل عقد . فالانعقاد هو الذي يرتبط فيه الإيجاب بالقبول ، وهذا الارتباط يسمى انعقاداً والصحيح هو المعتبر في نظر الشارع بأن يكون صالحاً لترتب الآثار عليه ، والنافذ هو الذي تترتب عليه آثاره في الحال ، وللإلزام هو الذي لا يكون لأحد الماقدنين أو غيرهما الخيار في فسخه بعد تمامه .

فالانعقاد هو الأساس ، فإذا وجد يأتي دور الصحة ، فإذا توفرت يبحث هل هو نافذ أو لا ، فإذا ثبت النفاذ يبحث فيه هل هو لازم أو لا ؟

فتلك مراتب أربع يتوقف وجود كل واحدة منها على توافر أمور تسمى في الاصطلاح بالشروط متى وجدت تحققت ، وإذا انتفت أو واحد منها انعدمت . فشرط الانعقاد هي التي يتوقف عليها سلامة الأمور الأساسية في العقد . وهي العاقدان والصيغة والمحل . فإذا تخلقت هذه الشروط أو بعضها لحق العقد خلل في أساسه ، ويعبر عن هذا الخلل بالبطان ، ويسمى العقد حينئذ باطلاً .

وشروط الصحة هي التي يتوقف عليها صلاحية العقد لترتيب الآثار الشرعية

عليه ، فإذا تخلفت هذه الشروط أو بعضها كان العقد غير صالح لترتب تلك الآثار عليه . ويعبر عن هذا الخلل بالفساد . ويسمى ذلك العقد فاسداً .

وشروط التنفيذ هي التي يتوقف عليها ترتيب الآثار على العقد بالفعل . وتختلف هذه الشروط بحمل العقد موقوفاً .

وشروط اللزوم هي التي يتوقف عليها بقاء العقد مرتباً عليه آثاره ، فلا يكون لأحد الخيار في فسخه ورفع من أساسه .

وقبل تفصيل الكلام على هذه الشروط نقول إن تنوع الشروط إلى الأنواع الأربعة السابقة إنما هو على رأي فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل في الزواج فجعلوا للانقضاء شروطاً يترتب على تخلفها البطلان ، وجعلوا للصحة شروطاً يترتب على تخلفها الفساد .

أما الذين لم يفرقوا بينهما وجعلوا غير الصحيح نوعاً واحداً يسمى بالباطل أو الفاسد فليس عندهم شروط للانقضاء وأخرى للصحة بل كلها شروط للصحة فألوا شروطاً للزواج عندهم ثلاثة .

ونحن إذا نظرنا لعقد الزواج غير الصحيح في المذهب الحنفي عامة وجدنا بعض صورته تختلف عن بعضها الآخر في ترتب بعض آثار الزواج عليها .

فمن صورته ما لا يترتب عليه أي أثر منها فلا يجب به مهر ولا عدة ولا يثبت به نسب . كزواج الأخت والبنات وغيرها من المحرمات المتفق على تحريمها .

ومنما يترتب عليه بعض الآثار كوجوب المهر والعدة بعد الماركة أو التفريق وثبوت النسب إن أثمر هذا الزواج كزواج أخت امرأته التي طلقها بائناً أثناء العدة ، والزواج بغير شهود مما اختلف فيه الفقهاء .

وإذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن التفريق بين النوعين واختصاص كل منهما باسم خاص فنسمي النوع الذي لا يترتب عليه أي أثر بالبطل ، وما يترتب على الدخول فيه بعض آثاره نسميه بالفاسد على ما جرى عليه المحققون من فقهاء الحنفية . وسيأتي لذلك مزيد بحث عند الكلام على حكم الزواج وأنواعه إن شاء الله .

المبحث الأول

في شروط الانعقاد

يشترط لانعقاد الزواج شروط . منها ما يرجع إلى العاقد ، ومنها ما يرجع إلى الصيغة ، ومنها ما يرجع إلى محل العقد .

فأما ما يرجع إلى العاقد فشرطان :

أولهما : أن يكون كل من العاقدین أهلاً لمباشرة العقد بأن يكون مميزاً . سواء كان كامل الأهلية كالبالغ الرشيد أو ناقصها كالصبي المميز^(١) غير أن كامل الأهلية عقده نافذ ، وناقصها عقده موقوف .

فإن كان أحد العاقدین فاقده التمييز كالمجنون والصبي غير المميز فلا ينعقد الزواج ، لأن فاقده التمييز لا إرادة له ، ومتى انعدمت الإرادة انعدم العقد .

وثانيهما : أن يعلم كل من العاقدین ما صدر من الآخر . بأن يسمع كلامه أو يرى إشارته ويعرف مراده منها . بأن يعرف أن هذه العبارة أو تلك الإشارة يقصد بها إنشاء العقد وإن لم يعرف معاني الكلمات اللغوية .

(١) هذا عند الحنفية ومن وافقهم ، وأما الشافعية فيشترطون كمال الأهلية بالبرع من العقل ، فلا يصح أن يتولى العقد الصغير المميز عنهم لكن الحنفية يحملون البرع شرطاً للتنفيذ كما يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٣٢ .

فلو لقنت امرأة غير عربية لفظ زوجتك نفسي فقالت لها الرجل الذي يطلب زواجها وهي تعرف أن هذه الكلمة تقال لإنشاء عقد زواج انمقد العقد وان لم تكن تعرف معناها اللغوي .

وأما ما يرجع إلى الصيغة « الإيجاب والقبول » .

فأولاً : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول . ومعنى الاتحاد هنا ألا يصدر من العاقدين أو أحدهما ما يلغي الإيجاب بعد صدوره . كأن يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول ، أو يعرض الطرف الآخر فلا يعبد ذلك القبول إيجاباً يرتبط به . فلا ينمقد العقد ، لأن المكان وان كان واحداً إلا أن وجود الفاصل بين الإيجاب والقبول بالعمل الأجنبي منع الاتحاد حكماً^(١) .

هذا ومجلس عقد الزواج بالنسبة للتعاقد بطريق الرسالة أو الكتاب هو مجلس تبليغ الرسالة أو قراءة الكتاب أمام الشهود ، فلو بلغ الرسول الرسالة إلى المرأة ثم اشتغلت بشيء آخر ثم قبلت فلا ينمقد العقد ، وكذلك لو قبلت في مجلس آخر لعدم اتحاد المجلس فيها .

وليلاحظ هنا أن الفاصل بين ما يعبد إعراضاً عن الإيجاب فيلغيه وما لا يعبد إعراضاً فلا يلغيه هو الدرف حسب كل عقد ، فما يعبد في العرف إعراضاً يمنع انعقاد العقد ، وما لا يعبد إعراضاً لا يمنع من الانمقاد .

(١) يرى بعض فقهاء الحنفية أن المراد بإتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد ، وحل هذا قلنا : لا ينمقد العقد بين ماشين أو راكبين لشيء يستلزمان إيقافه عن السير ، لأن المجلس تغير بتغير المكان . فكان مكان القبول غير مكان الإيجاب فلا يحصل التلاقي بينهما ، وأما إذا كانا يركبان شيئاً لا يمكن إيقافه كالسفينة مثلاً فإنه يعتبر المجلس واحداً . واجمع البدائع وفتح القدير والبحر الرائق وتبيين الحقائق باب البيع .

ولعل ما قاله الفقهاء في تنثيلهم لما يغير المجلس وما لا يغيره كان مبنياً على عرف زمانهم حيث لا نص يحدد ذلك .

وإذا لم يوجد نص يكون المرجع إلى العرف .

والشبهة الجعفرية في المشهور عندم اشتراط اتحاد المجلس في عقد الزواج وان كان بعضهم يرى عدم كونه شرطاً، يقول صاحب الجواهر : لا دليل على اعتبار اتحاد المجلس في عقد الزواج ولا في غيره من العقود وان كان المشهور في المذهب كونه شرطاً^(١) .

ولا يلزم من اشتراط اتحاد المجلس أن يكون القبول فور الإيجاب ، لأن المراد كما قلنا . ألا يوجد منها أو من أحدهما ما يلقيه ، فلو صدر الإيجاب وطال الوقت والمجلس قائم ولم يوجد رجوع من الموجب ولا اشتغال بشيء آخر ممن وجه إليه الإيجاب ثم صدر القبول انعقد العقد .

هذا إذا كان المقصد بين حاضرين ، فان كان بين غير حاضرين بكتاب مكتوب أو برسالة رسول فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو قراءة الكتاب لأنه هو مجلس العقد في هذه الصورة كما قلنا .

ثانياً : أن يوافق القبول الإيجاب حتى يتلاقيا على شيء واحد ، ونتحقق اتفاق الإرادتين ، فإذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية لا ينعقد الزواج إلا في حالة ما إذا كانت المخالفة إلى خير للموجب فإنه ينعقد ، لأن التوافق موجود وان لم يكن صريحاً ، وتقصيل ذلك :

أن المخالفة إما أن تكون في محل العقد أو في مقدار المهر .

فإذا كانت في المحل . مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجتي ابتك

(١) نفع الإمام جعفر لأمد جواد مقنية ج ٥ ص ١٨٠ .

عائشة فيرد عليه بقوله: زوجتك ابنتي فاطمة، وفي هذه الصورة لا ينعقد العقد .

وان كانت في مقدار المهر بأن يقبل بأقل أو أكثر بما أوجبه الموجب فلا يخلو. إما أن تكون المخالفة فيها خير للموجب أو ليس فيها ذلك .

فان كانت ضارة مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجني ابنتك فلانة بمائة فيقول الآخر : قبلت زواجها بمائتين .

وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد ، لأن الإيجاب والقبول تخالفا في المهر ، وهو وان لم يكن ركناً في العقد إلا أنه عند ذكره بمقداره مع الإيجاب يلتحق به ويصير كجزء منه فيجب أن يكون القبول موافقاً لهذا المجموع ^(١) .

وان كانت المخالفة فيها خير للموجب مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجني أختك فلانة بألف ليرة ، فيقول الآخر : زوجتكها بخمسمائة ، أو يقول ولي المرأة : زوجتك أختي بألف ليرة ، فيقول الآخر قبلت زواجها بألفين .

ففي هذه الحالة ينعقد العقد ، لأن المخالفة هنا فيها موافقة خمنية لإيجاب الموجب ، والإرادتان متوافقتان ، فان من يلزم نفسه بالأكثر يقبل بالأقل ، ومن يقبل أن يزوج بنته أو أخته بالقليل لا يمانع في زواجها بالكثير .

غاية الأمر أن الزيادة في المهر من قبيل الزوج لا تستحقها الزوجة إلا إذا قبلتها ، فلو لم تقبلها صراحة في المجلس لا يجوز لها بعد ذلك أن تطالب بها ، لأن التملك لا يكون بدون قبول إلا في الميراث بجعل الشارع ، أما نقصان من جانب الزوجة فلا يشترط فيه قبول الزوج ، لأنه إسقاط وحط عنه وهو لا يحتاج الى قبول .

(١) أما إذا لم يذكر مقدار المهر في العقد فان المتعاقدين يكونان واضعين بمهر مثل الزوجة فيكون هو الواجب، وكذلك لو نفياء في العقد يتم العقد ويجب مهر المثل إلا إذا اتفقا بمقدار مهر معين ، لأن المهر واجب في الزواج بإيجاب الشارع فلا يستطيع أحد إخلاء العقد منه .

وثالثا : أن تكون الصيغة منجزة . بأن تكون مفيدة لمناعها في الحال غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل .

أو مضافة إلى زمن مستقبل . كأن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك فتقول قبلت لا خلاف بين الفقهاء في ذلك . فان علقه كأن يقول : تزوجتك إن قدم فلان من سفره وقبلت ، أو قال لها : تزوجتك في أول العام القادم وتقول قبلت فلا ينمقد العقد . لأن الزواج من التمليكات وهي لا تقبل التعليق ولا الأضافة ، لأن الشارع وضعه ليفيد حكمه في الحال بدون تأخير فتعليقه على أمر سيحدث في المستقبل يخرجها عما وضعه الشارع له ويجعله محلا للمقاربة واحتمال حصول آثاره أو عدم حصولها . وإضافته تعطيل لعمله في فترة الزمن ما بين صدور الصيغة إلى مجيء الوقت المضاف إليه .

فكان كل منها منافيا لوضعه الشرعي فيبطل العقد معها . وسيأتي لذلك مزيد تفصيل عند الكلام على أقسام العقد باعتبار التقييد والإطلاق إن شاء الله .

أما ما يرجع إلى المحل وهو المرأة المفقود عليها فيشترط فيها .

أولا : أن تكون أنثى محقة الأنوثة ، فلو عقد على غير الأنثى كالحنثى المشكل لا ينمقد العقد لعدم المحلية ويكون باطلا ، فان زال الإشكال بأن غلبت فيه علامات النساء جاز العقد .

ثانيا : ألا تكون المرأة محرمة عليه تحريما قطعيا لا شبهة فيه ^(١) .

(١) المرأة بالنسبة للزواج بها ثلاثة أنواع : نوع متفق على تحريمها فيه لأنه ثابت بدليل قطعي لا شبهة فيه سواء كان تحريما مؤبداً أو مؤقتاً . ونوع مختلف في تحريمها لكون دليل التحريم ظاهريا أو كان تحريمها مما يخفى على المرأة للاشتباه فيه . ونوع متفق على حلها فيه وهو من عدا ذلك .

لا يختلف في حرمتها سواء كان التحريم مؤبداً كالأم والبنت والأخت وباقي المحرمات ، أو مؤقتاً كزوجة الغير والمسلمة بالنسبة لغير المسلم ، والوثنية بالنسبة للمسلم وهو ما يعبر عنه بكون المرأة محلاً أصلياً للزواج .

فإن عقد على واحدة من هؤلاء كان العقد باطلاً ، لأن هذه المرأة ليست محلاً أصلاً للزواج فيكون العقد خالياً من المحل والعقد لا يوجد بدون محله ^(١)

المبحث الثاني

في شروط الصحة

معنى صحة الزواج أن يكون العقد صالحاً لتقرب الآثار الشرعية عليه . ولكي يكون الزواج صحيحاً بعد انعقاده لا بد أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

أولاً : ألا تكون المرأة معجمة على الرجل الذي يريد التزوج بها تحريماً ظنياً بأن كانت حرمتها ثابتة بدليل ظني أو مما يخفى تحريمها للاشتباه في أمره . كتزوج المرأة على عمها أو خالتها فإنه ثابت بدليل ظني ، وتزوج المعتدة من طلاق بائن ، وتزوج أخت زوجته التي طلقها في أثناء عدتها لحقها كل منها والاشتباه فيه .

فهذا الزواج يكون منعقداً ، لأن المرأة محل للزواج في الجملة حيث يرى بعض الفقهاء صحته لكنه يكون فاسداً لعدم صلاحيته في ذاته لتقرب الآثار عليه ، وما يترتب عليه من بعض الآثار جاء نتيجة الدخول بتلك المرأة بعد العقد . فإن وقع هذا العقد وجب التفريق بينها إن لم يفرقها

(١) لأن العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله . وتزوج المحرمة قطعاً ليس فيه ارتباط على وجه مشروع ولا يظهر له أثر في محل العقد .

باختيارهما ، ولا يجب به شيء إن وقع التفريق قبل الدخول ، فإن أعقبه دخول
ترتيب عليه بعض الآثار من وجوب المهر والعدة وثبوت التسبب إن أثمر هذا
الزواج . وهذا يعلم أن الزواج بالمرأة المحرمة يختلف حكمه باختلاف نوع
التحريم . فإن كان قطعياً متفقاً عليه جمل العقد باطلاً ، وكان انتفاء هذه
الحرمة شرطاً لانتماء العقد .

وإن كان ظنياً أو مختلفاً فيه كان للعقد وجود غير أنه لا يصلح في ذاته
لترتيب الآثار عليه ، فإن أعقبه دخول ترتب على هذا الدخول بعض آثار
الزواج لوجود العقد صورة . وكان انتفاء هذه الحرمة شرطاً لصحة العقد بحيث
إذا تخلف هذا الشرط كان العقد فاسداً .

وهذه التفرقة مبنية على التفرقة بين الباطل والفساد في الزواج كما يرى أهل
التعقيب من فقهاء الحنفية . وهي التي تتفق مع اختلاف صور الزواج غير
الصحيح كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

وأما من لا يفرق بين الزواج الباطل والفساد فقد سوى بين المحرمات كلها
وجعل انتفاء المحرمية شرطاً لصحة العقد سواء كانت قطعياً أو ظنياً مختلفاً فيها
أو بما يخفى أمرها للاشتباه فيها .

ورأى هؤلاء يضطرب عند الفصل بين صور الزواج غير الصحيح الذي لا
يترتب عليه أي أثر والذي يترتب عليه بعض الآثار حيث لا يوجد عندهم
فصل يفصل بين النوعين .

فالمنطق السليم يقضي بالتفرقة بين باطل الزواج وفساده ، ويحمل الباطل منه
غير منمقد ، والفساد منمقد غير صحيح .

ثانياً : أن يتولى العقد ولي المرأة . وهذا عند من لا يصحح الزواج بعبارة
النساء وهم جمهور الفقهاء .

أما عند من يصحح الزواج بعبارتها وهم الحنفية والجعفرية فلا يشترطون هذا الشرط ، لأن للمرأة البالغة الرشيدة أن تزوج نفسها عندهم .

أما غير البالغة الرشيدة كالصغيرة والمجنونة فلا بد من الولي عندهم لا لصحة العقد فقط بل لوجوده أيضاً ، لأن عبارتها ملغاة لا اعتبار لها . وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه إن شاء الله .

ثالثاً : أن يكون العقد أمام شهود ، وهذا الشرط غير متفق عليه بين الفقهاء بل اختلفوا في أصل اشتراطه كما اختلف القائلون به فيما تصح به الشهادة .

فالكلام عليه في موضعين : الأول في أصل الاشتراط ، والثاني فيما يعتبر في الشهود عند الشارطين .

أما الأول فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين :

فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة ^(١) ، والأوزاعي إلى أن الشهادة شرط لازم في عقد الزواج لا يعتبر صحيحاً بدونها ، لأنه وإن وردت النصوص به مطلقة في القرآن إلا أن السنة قيدت هذا الإطلاق .

فقد روى الترمذي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة » ^(٢) .

وروى الإمام أحمد عن عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال : « لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل » .

(١) الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه أنه يشترط للشهادة لصحة العقد . وفي رواية أخرى أنه يصح بدون شهود . للفتي ج ٦ ص ٤٥٠ .

(٢) قال الكمال في فتح القدير ج ٣ ص ٣٥١ ، ولم يرفعه غير عبد الأمل في التفسير ووقفه في الطلاق .

كما روى الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » (١) .

فهذه الروايات بقوى بعضها بعضاً وقد اشتهرت فتصلح لتخصيص العام في القرآن (فانكحوا ما طاب لكم) ، وتقييد المطلق فيه : « وأحل لكم ما وراء ذلك » .

وقد روى ذلك عن جميع من الصعابة منهم عمرو بن علي وابن عباس وغيرهم (٢) . وقد روى مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : « هذا نكاح السر ولا أجزئه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت » (٣) .

والشيعة الجعفرية لا يشترطون الشهادة في عقد الزواج فهو صحيح بدونها ، ولكنها أمر مستحب فقط كالإعلان .

جاء في تذكرة الفقهاء (٤) « يستحب الإعلان والأظهار في النكاح الدائم والأشهاد وليس الأشهاد شرطاً في صحة العقد عند علمائنا أجمع » .

ويقول الحلبي في شرائع الإسلام (٥) لا يشترط في شيء من الأنكحة حضور شاهدين ، ولو أوقعه الزوجان سرّاً ولو تأمرا بالكتمان لا يبطل » .

وجمهور رابع : بأن الله لم يذكر الشهادة في النكاح وذكر الشهادة في البيع

(١) منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٠٧

(٢) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٩٥ .

(٣) للموطأ بشرح البابي ج ٣ ص ٣١٧ يريد أنه لو كان تقدم منه منع لمثل هذا الزواج حتى يعلمه الناس لرجمت ولكن لم أرجم لجل الناس به .

(٤) هامش ص ١٩٤ من المختصر النافع .

(٥) ج ٢ ص ٨ .

والدين مع أن الشهادة في النكاح أكثر لما فيها من حفظ النسب وزوال التهم والتوارث وغيره من توابع النكاح ، فلو كان الأشهاد فيه شرطاً لما أمهله الله تعالى في القرآن لأنه مناف للحكمة .

كما استدلوا بما روي عن الباقر والصادق رضي الله عنهما من أنها صرحا بأن الزواج بغير شهود لا بأس به ، وإنما جعل الشهود من أجل المواريث والولد . وقد بينا أن القرآن وإن ورد مطلقاً في تشريعه فقد قيدته السنة . ولعل الأحاديث السابقة لم تصح عندهم .

على أننا لو صححنا الزواج بدون شهود لاختلط الحلال بالحرام ، وكان ذلك ذريعة للمعاصرة المحرمة حيث لا يميز الفاسق الذي يماشر امرأة في حرام عن دعوى أنه تزوجها .

كما يفتح ذلك أبواب الريبة والظن السيء ، لأن الناس إذا وجدوا رجلاً يتردد على امرأة تزوجها ولم يعلن زواجها ارتابوا في أمره وظنوا به الظنون .

وأيضاً فإن الزواج تترتب عليه حقوق لكل من الزوجين قبل الآخر من وجوب الطاعة ولزوم النفقة وحقوق الأولاد كالنسب والنفقات وغيرها . وهذه الحقوق لا يمكن إثباتها إلا إذا كان الزواج معلناً مشهوراً بين الناس لينتج عن حدود السرية التي هي ممة نقيضه وهو السفاح .

ومن هنا ترى الشرائع كلها متفقة على إعلانه وإشهاره وإن اختلفت مسالكها في طرق الأعلان .

فالرسول يبين في غير حديث أن الشهادة أمر لا بد منه ، بل يبحث على إعلانه فيقول : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدقوف » ويقول لعبد الرحمن بن عوف لما تزوج : « أولم ولو بشاة » .

وبهذا يرجع رأي الشارطين للشهادة^(١) ، غير أنهم مع اتفاقهم على أن الزواج بدون شهود غير صحيح اختلفوا في وقت الشهادة ، فالمالكية يذهبون إلى أنه لا يلزم أن تكون الشهادة وقت العقد وإن كان ذلك مستحباً .

فلو دخل قبل أن يشهد كان عاصياً ويفرق بينها ، فالأشهاد شرط تمام كما يقول ابن رشد في بداية المجتهد^(٢) ، أو كما يقول صاحب الفواكه الدواني في شرحه لرسالة ابن أبي زيد^(٣) ، « إن أصل الأشهاد واجب وأما حضورهما عند العقد فمستحب وأما عند الدخول فواجب » .

وقد استدلوا على عدم لزوم الشهادة عند العقد بقصة زواج رسول الله صفة بنت حبي التي رواها البخاري عن أنس قال : أقام رسول الله بين خيبر والمدينة ثلاثاً مبيتاً عليه بصفية ودعوت المسلمين إلى وليمة ... فقال المسلمون إحدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه ، فقالوا : إن حجبتها فهي من أمهات المؤمنين ، وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه . فلما ارتحل وطأ لها خلفه وسدل الحجاب بينها وبين الناس .

وجه الدلالة أن أصحاب رسول الله قالوا : إن حجبتها فهي من أمهات

(١) والظاهرية لم يشترطوا خسر من الشهادة بل شرطوا أحد أمرين الشهادة أو الإعلان . يقول ابن حزم في المحلى ج ٩ ص ٤٩٥ : ولا يتم النكاح إلا بشهاد عدلين أو بإعلان عام .
(٢) ج ٢ ص ١٥ وعبارته : اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شروط النكاح واختلفوا هل هي شرط تام يؤمر به عند الدخول ، أو شرط صفة يؤمر به عند العقد ، واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر .

(٣) ج ٢ ص ١٥١ وراجع أيضاً للتنقيح للبايجي شرح الموطأ ج ٣ ص ٣ وما بعدها . وفيه يقول : أما مقارفة الشهادة لمقد الزواج فلا خلاف أنه الأفضل . ويجوز عندنا أن يتمد النكاح بغير شهادة ثم يقع الأشهاد بعد ذلك . وراجع أيضاً الشرح الكبير بمجاشية النسوتي ج ٢ ص ٢١٦ . ففيه : إنه يفسخ العقد إن دخلاً بلا إشهاد بطلقة لصحة العقد بائنة لأنه فسخ جبري من الحاكم .

المؤمنين ، ولو كان أشهد على نكاحها لعلوا ذلك^(١) . بالأشهاد . ثم قالوا : إذا كان
الأشهاد واجباً بالحديث السابق ولم يفعله رسول الله عند العقد فيتعين أن ينصرف
الواجب إلى ما بعد العقد قبل الدخول .

وذهب الأئمة الثلاثة « أبو حنيفة والشافعي وابن حنبل » إلى أن الأشهاد
واجب وقت العقد ، لأن الحديث نفى الزواج بغير شهود ، والنفي مسلط هنا
على الصحة ، فإذا وجد العقد بدون شهود كان غير صحيح^(٢) .

وأما قصة صفية فلعلها خصوصية لرسول الله حيث أبيح له من الزواج
ألواناً لم تبح لغيره . كالزواج بغير مهر ، والجمع بين أكثر من أربع واكتفى بالوليمة
لأعلان زواجه هنا .

على أن رسول الله قد ارتفع عن أن يكون موضع شبهة أو ظن سيء .

ولو سلمنا عدم الخصوصية وأنه تزوج بدون شهود على العقد فأين لإشهاد
قبل الدخول ؟ والرواية تصرح بأنه دخل بها بعد الوليمة ولم يعلم الصحابة بأنها
زوجة إلا من إرخاء الحجاب ، فأما أن تأخذوا بهذا وحده وتنعوا اشتراط
الشهادة أصلاً ، وإما أن تأخذوا بالحديث وتوافقوا الشارطين في كونها شرطاً
عند العقد .

وبهذا يكون العقد بمحضرة الشهود صحيحاً بالاتفاق ، ولكن لو أوصى
الزوج الشهود بالكتان وعدم الإعلان هل يؤثر ذلك في العقد ويبطله أو لا ؟
ذهب المالكية إلى أنه يبطل العقد ، لأنه يصير نكاح سر وهو باطل لأن

(١) شرط الموطأ للباقي .

(٢) حتى لو كان العقد موقوفاً على الأجازة وحضر الشهود عند الأجازة ولم يحضروا عند
العقد لم تجز الشهادة لأنها شرط في العقد والأجازة ليست عقداً بل هي شرط لتنفاذه . وبمسما
يثبت حكم العقد مستنداً إلى وقت انقضائه لا من وقت الأجازة البدائع ج ٢ ص ٢٥٦ .

المطلوب فيه الإعلان كما حض عليه رسول الله بقوله : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدرهم » .

وذهب غيرهم من الحنفية والشافعية والظاهرية^(١) إلى أن هذا لا يؤثر في العقد ولا يجعله سراً ، وكيف يكون سراً وقد حضره أربعة وهم الماقدان والشاهدان .

قال الشاعر : ألاكل سر جاوز اثنين شائع .

وقال غيره :

السر يكتمه الأثنان بينهما وكل سر عدا الأثنين منتشر

وأما الموضوع الثاني : فقد اشترط القائلون بوجوب الأشهاد في الشهود شروطاً اتفقوا في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر .

وأهم هذه الشروط . العقل والبلوغ والحرية والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين ، والتمدد ، وسماع كل شاهد كلام الماقدان مع فهم المقصود منه إجمالاً .

أما اشتراط العقل والبلوغ والحرية فلأن الشهادة فيها معنى الولاية ، لأنها تلزم المشهود عليه بالمشهود به حيث ينسب عليها القضاء المأزم ، ولولا الشهادة ما كان قضاء ولا إلزام ، وليس لغير الأحرار البالغين العقل ولاية حتى على أنفسهم ، فكيف تثبت لهم ولاية على غيرهم ؟

ومن ناحية أخرى أن المقصود من حضور الشهود إظهار خطر هذا العقد بأعلانه وتكريره ، وبحضور غير هؤلاء لا يتحقق شيء من ذلك ، بل يكون عقده بحضور غيرهم استهانة به .

(١) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥ ، الحنفى لابن حزم ج ١ ص ٢٩ .

وعلى هذا لا يصح العقد بحضور الصنار ولو كانوا مميزين والمجانين والعبيد^(١).

وأما أشعراط الأمام فبما إذا كان الزوجان مسلمين ، فلما في الشهادة من معنى الولاية على المشهود عليه كما قلنا ولا ولاية لغير المسلم لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » / النساء / ١٤١ .

ولأن من أغراض الشهادة على هذا العقد إعلانه وتكريمه ، وشهادة غير المسلمين على زواج المسلمين لا تكريم فيها ، ولا يتحقق بها إشهاره بين المسلمين ولأن لهذا العقد اعتباراً دينياً فلا بد من أن يشهده من يدين بدين الزوجين . وهذا الشرط في زواج المسلمين لم يخالف فيه أحد من الفقهاء الشارطين للشهادة .

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كاتبة . فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا يشترط إسلام الشهود ، فيصح أن يشهد عليه كتابيان سواء اتفقا معها في دينها أو اختلفا معها فيه .

وذهب محمد بن الحسن وزفر من الحنفية والأئمة الثلاثة إلى أنه يشترط الإسلام^(٢) ، لأن الشهادة على العقد الصادر من جانب الرجل المسلم والزوجة غير المسلمة ، فلو جوزنا هذه الشهادة لزم أن تكون شهادة غير المسلم على المسلم فيقع المحذور السابق وهو جعل لغير المسلم نوع ولاية على المسلم وهو ممنوع شرعاً .

(١) خالف في شهادة العبيد الأمام أحمد وجوز شهادتهم في الزواج كما نص عليه ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٤٥٣ .

(٢) يقول ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٤٥١ « لا يتعدى النكاح إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده . نص عليه أحمد وهو قول الشافعي ، لأنه نكاح مسلم فلم يتعد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين ، ورابع نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٧٠ .

مع أن هذه الشهادة وإن تحققت بها إظهار الزواج بين غير المسلمين فلا يتحقق بها إظهاره بين المسلمين ، وليس فيها تكريم لهذا العقد الذي أحد طرفيه مسلم .

وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فقد لاحظا في مجوز هذه الشهادة أنها شهادة على الزوجة فليس فيها شهادة غير المسلم على المسلم ، لأن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر واختصاص الرجل بهذا الاستمتاع ، فحقه ملك استمتاع يجعلها قاصرة عليه ، وحققا مجرد الحل بدون اختصاص .

وبهذا يكون حقه عليها أقوى أثراً من حقها عليه في هذه الناحية ، والشهادة يراعى فيها الجانب الذي عليه الحق الغالب ، فيكون هو المشهود عليه ، فتؤول هذه الشهادة إلى أنها شهادة للزوج على الزوجة فيراعى جانبها .

وهذا التوجيه وإن كانت له وجاهته وفلسفته إلا أنه يرد عليه : أن هذه الشهادة ليست على المرأة وحدها ، بل هي شهادة على زواج مشترك بين الرجل والمرأة ، وشهادة غير المسلمين وإن أثبتت حق الرجل على المرأة إلا أنها لا تحقق إعلان الزواج وإظهاره بين المسلمين كما في شهادة غير المسلمين على زواج المسلم بالمسلمة .

وبلاحظ هنا أن عمل المحاكم في جمهورية مصر العربية على قول أبي حنيفة وأبي يوسف باعتباره الرأي الراجح في مذهب الحنفية ، وأن قانون العائلة جاء مطلقاً في الشهادة فمادته الرابعة والثلاثون تنص على أن :

« حضور شاهدين مكلفين أثناء عقد النكاح شرط في صحة النكاح ويجوز أن يكون الشاهدان من أصول وفروع الخطاطب والخطوبة » .

وأما التعدد فلأن الأصل في الشهادة المثبتة أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى : « واستشهدوا شهادتين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن عرضن من الشهداء أن تفضل إحداهما فتذكر إحداهما »

الأخرى / البقرة / : ٢٨٢ . فهذه الآية رجمت لنا طريق الشهادة وجعلت شهادة المرأتين مساوية لشهادة الرجل وبيّنت الملة في ذلك . وإذا كانت الآية جعلت الشهادة على هذا الوجه في الأمور المالية التي لا تشترط الشهادة لصحتها وإذا تطلب فيها على وجه التنب والاشتغال كما يرى جماهير العلماء - إذا استثنينا الظاهرية ومن وافقهم في أنها واجبة - فأولى أن تكون الشهادة في النكاح على هذا الوجه لأنها شرط لصحته ، ولأن الأحاديث المثبتة للشهادة صرحوا بالعدد « لا نكاح إلا بشهود ، ولا نكاح إلا بشاهدين » . وقد قدمنا الأمر الذي رواه مالك في الموطأ عن عمر « أنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : هذا زواج السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت » .

فويرى أن هذا الزواج بهذه الشهادة الناقصة زواج سر ولا يجيزه ، وأن الوطء فيه زنى . غير أنه لم يرق الحد على الزوجين لجهل الزوجين بذلك لأنه لم يتقدم منه منع لمثل هذا الزواج حتى يعلمه الناس .

ومن هنا ذهب الحنفية إلى أن الشهادة في النكاح لا تكون إلا من رجلين أو رجل وامرأتين^(١) .

لأن الأصل في الشهود أن يكونوا من الرجال ولا تقبل شهادة النساء وحدهن

(١) ويرى المالكية أنه لا بد من شاهدين من الرجال ، فلا يثبت بشهادة رجل وامرأتين لقوله تعالى في الطلاق أو الرجمة : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » الفرواكة الدراني شرح الرسالة ج ٢ ص ١٥١ ، والبايجي على الموطأ ج ٣ ص ٣١٣ وعبارته : لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال ولا يثبت بشهادة رجل واحد وامرأتين . وكذلك الحنابلة كما صرح به ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ١٥١ الحديث « وشاهدي عدل » الشافعية ، ففي نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢١٩ « ولا يصح النكاح إلا بحضور شاهدين شرطها حرية وذكرورة وعدالة وسمع وبصر فلا يصح بحضور من انتفى فيه شرط ما ذكر . ويرى ابن حزم أنه يصح بشهادة أربع من النساء مستنداً إلى قول الرسول : « شهادة المرأة بنصف شهادة الرجل » المحلى ج ٩ ص ٩٥ .

في غير المواضع المستثناة ، وهي التي لا يطلع عليها الرجال ، فلا تكفي شهادة النساء منفردات في الزواج ، لأن من أغراض حضور الشهود إعلات الزواج وهو لا يتحقق بوجودهن ، لأنه يقلب عليهن - إذا كن مسلمات متأدبات بأدب الإسلام - الاستتار وعدم حضور مجالس الرجال ، فإذا وجد معهن رجل تحقق الإعلان بين الرجال والنساء .

وهناك بعض الصور يظهر فيها صحة الزواج بشاهد واحد . مثل ما إذا وكلت المرأة رجلاً لزوجها بحضورها وحضور شاهد واحد فإنه يصح ، كما يصح في صورة ما إذا وكل ولي الزوجة وكيلاً لمباشرة العقد بحضوره وحضور شاهد واحد أيضاً .

والحقيقة أنها شاهدان ، لأن في الصورة الأولى اعتبرت المرأة هي المباشرة للعقد والوكيل سفير ومعبّر عنها ، وفي الصورة الثانية يعتبر المباشر للعقد شاهداً باعتبار السابق .

لكن يشترط في كل من الصورتين أن تكون المرأة بالغة ليمكن اعتبارها مباشرة للعقد في الصورتين وليصح توكيلها في الصورة الثانية ، لأن القاعدة المقررة : أن الأصل في العقد إذا كان حاضراً في المجلس يمكنه أن يباشر العقد بنفسه اعتبر هو العاقد حكماً ويعتبر الولي أو الوكيل شاهداً .

أما إذا كانت صغيرة وزوجها أبوها بمحضرة رجل واحد فإنه لا يصح لأنه لا يمكن اعتبارها عاقدة فلم يكن ثمة إلا شاهد واحد ^(١) .

أما اشتراط سماع الشهود كلام العقادين مع فهمهما المراد منه اجمالاً وإن لم

(١) والتوكيل بالزواج لا يلزم في صحته أن يكون أمام شهود . فلو قالت لأبيها وكتلتك في زواجي بدون حضور شاهدين صح ذلك ولكن إذا أنكرت التوكيل لم يكن عليها شهود ففائدة الشهادة على التوكيل أثباته عند إنكاره .

يفهمها معاني المقررات ، لأن إعلان العقد لا يتحقق بدون السماع والفهم ، فإذا
عقد بحضور من لا يسمع ولا يفهم المراد لا يصح العقد (١) .

فلو كان الشاهدان أصميين أو ثاقمين أو سكرانين لا يعي الواحد منهما ما يسمعه
ولا يتذكره بعد إفاقة لا يتحقق الغرض من الشهادة بوجودهما .

واشتراط السماع إنما يكون في العقد بالكلام ، فإذا كان بالإشارة كان الشرط
رويتها وفهم المقصود منها ، فلو لم ير الشهود تلك الإشارة بأن كانوا مكفوفين
البصر أو رأوها ولم يفهموا المراد منها لا يصح العقد .

وأما عدالة الشهود فقد شرطها المالكية والشافعية والحنابلة (٢) والظاهرية
واستدلوا بحديث « وشاهدي عدل » ولأن من أغراض الشهادة هنا إظهار شأن
المقدوس تكريمه ، ولا يحصل هذا التكريم بشهادة الفسقة لأنهم ليسوا أهلاً للكرامة

(١) كتب الحنفية تحكي خلافاً في المذهب بين فقهاءهم في هذا الشرط (في السماع والفهم)
فمنهم من جعل الشرط هو حضور الشاهدين فقط وإن لم يسمعا . ومنهم من يقول لا بد من
السماع وهو الأصح ، وكذلك بين من شرط السماع . هل يشترط الفهم . منهم من لم يشترطه
فقد عقد بحضور شاهدين لا يعرفان لغتهما صح . ومنهم من يشترط الفهم وهو الأصح . وهكذا
تختلف عبارات الكتب . ووفق بعض الفقهاء بين القولين « اشتراط الفهم وعدمه » فقال : إن
اشتراط الفهم محمول على فهم المقصود إجمالاً من كلام المأذنين وأنها يقصدان عقد الزواج ، وعدم
اشتراط محمول على فهم معاني الألفاظ بعد فهم أن المراد عقد الزواج فيكون الأصح في المذهب
اشتراط السماع والفهم إجمالاً للمقصود ولا يشترط فهمها لمعاني الألفاظ بل يكفي أن هذا اللفظ
يقصد به الزواج . وأصح رد المختار لابن عابدين ج ٢ ص ٣٧٥ .

(٢) راجع المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٥١ . والمحل لابن سزم ج ٩ ص ٤٩٥ ، والفواكه
الدواني ج ٢ ص ١٥١ . ولكن المالكية يقولون إن وجد العدل فلا يعدل عنه إلى غيره ،
فإن لم يوجد العدل وقت العقد أو الدخول تصح شهادة المستور الذي لم يعرف بالكلية فإن لم
يوجد استكثر الشهود كالثلاثين والأربعين . وراجع أيضاً نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢١٩ وفيه
وينتقد بمتوري المداة وهي المروغان بها ظاهراً لا باطناً على الصحيح لأن التكاثر يجري بين
أوساط الناس والمروم ولو اعتبر فيه المداة الباطنية لاستلجوا إلى معرفتها ليعضروا من هو
متصف بها فيطول الأمر عليهم . والثاني لا يتعقد بحضورهما لتمدو خبره بها .

في أنفسهم فلا يكرم العقد بحضورهم . كما أن من أغراضها توثيق العقد والتمكن من أثباته عند أنكاره والتنازع فيه ، وشهادة الفسقة لا يثبت بها الزواج أمام القضاء بالاتفاق .

غير أنهم يكتفون بالعدالة الظاهرة في الجملة ، فيكتفي أن يكون الشاهد مستور الحال لم يظهر فسقه ، لأن النكاح يكون في القسرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار العدالة في الواقع فيه مشقة على الناس فاكتمى بظاهر العدالة تخفيفاً عليهم .

فان تبين بعد العقد أنه كان عند العقد فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد ، لأن الشرط العدالة ظاهراً وقد تحقق ذلك كما يقول ابن قدامة في المفتى .

وأما الحنفية فلم يشترطوا في الشهود العدالة فيجوز شهادة غير العدول في الزواج ، وإن كان الكيال بن الهمام من علمائهم استظهر عدم جواز شهادة الفسقة في حال تلبسهم بالفسق .

ووجهاً رأيهم بأن الفاسق له أهلية لأنشاء عقد الزواج لنفسه ولغيره بالولاية أو الوكالة بلا نزاع ، فيكون أهلاً لأن يعقد الزواج بحضوره من باب أولى فيصالح شاهداً فيه ، وكونه لا تقبل شهادته لا يطمع في صحة تحمله لها لجواز أن يتحملها وهو فاسق ثم يزول عنه الفسق فتقبل شهادته . ومن هنا وضعوا ضابطاً لمن نقبل شهادته في الزواج فقالوا : كل من صلح أن يكون ولياً في الزواج بولاية نفسه يصلح شاهداً فيه وإلا فلا .

لأن الغرض من الشهادة على العقد ليس قاصراً على أدائها عند التنازع ، بل من أغراضها إظهار العقد وأشهاره بين الناس وهذا يتحقق بشهادة غير العدل .

وأما الحديث الذي استدلل به الجمهور فهو ضعيف ، وعلى فرض سلامته من الضعف فالمقصود منه مجرد الإرشاد إلى ما هو الأفضل .

وأنت ترى أن هذا تكلف منهم في الرد على الحديث ، لأن عبارة الحديث صريحة في نفي صحة الزواج بغير الشهود المدلول ، وقد جاء في بعض رواياته « وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » .

على أن الحنفية ليس لهم دليل على اشتراط أصل الشهادة إلا هذا الحديث فكيف يأخذون بمضه ويتركون بمضه .

وهذا يترجح رأى القائلين باشتراط العدالة :

ولما كانت الشهادة في الزواج عند الحنفية ليست مقصودة لأثباته عند أنكاره والاختلاف فيه بل لأشهاره وإخراجه من السرية إلى العلنية صححوه بحضور من لا تقبل شهادتهم من فروع العقدين أو أصولهما وإن كانوا ينعون هذه الشهادة في غير هذا الموضع .

فيجوز أن يتزوج الرجل بشهادة ابنه من غير الزوجة المعقود عليها أو بشهادة ابنها من غيره ، كما يحسوز أن يتزوجها بشهادة ابنه منها على ما هو المعتاد في المذهب .

والسبب في ذلك : أن هذا الموضع لا تهمة فيه ولا شبهة . بخلاف غيره فإن الشبهة قائمة والتهمة موجودة ، لأن المقصود بها إثبات الحقوق .

ولذلك قالوا : إن شهادة هؤلاء وإن كان ينقص بها النكاح إلا أنه لا يثبت بها عند الأنكار فشهادتهم تنفع في حل الزوجة ديانة لا قضاء .

فالزواج له حالتان حالة الانعقاد ويصح فيها شهادة الأعمى والفاسق والأبى والأب ، وحالة الإثبات عند الإنكار وهذه لا تصح شهادتهم فيها ، بل يشترط في الشاهد على أثبات الزواج ما يشترط في غيره من العدالة وعدم التهمة .

ومن هنا قالوا : إذا كانت شهادة الأبى عند اختلاف الزوجين على أحد أبويه

تقبل لعدم التهمة وإن كانت له لا تقبل لوجود التهمة^(١)

هذا والمعمول به في جمهورية مصر العربية مذهب الحنفية وقد عرفناه .

أما في لبنان فبالنسبة للجمهورية هو المقرر في مذهبهم . وهو عدم اشتراط الشهادة لصحة الزواج .

أما بالنسبة للسنيين فما قرره قانون العائلة في المادة (٣٤) ونصها :

(حضور شاهدين مكلفين أثناء عقد النكاح شرط في صحة النكاح ويموز أن يكون الشاهدان من أصول وفروع الخاطب والخطوبة) وهو متفق في جلته مع مذهب الحنفية ، لأنه لم يشترط في الشاهدين غير كونهما مكلفين . وظاهر أن هذه المادة لا تطبق على الجمهورية لأنها لا تتفق ومذهبهم .

كما أن المادة (٥٦) من ذلك القانون تنص على أن الزواج بغير شهود فاسد ، ولم يعتبرونه صحيحاً .^(٢)

وأخيراً : أن تكون الصيغة من الأيجاب والقبول مؤيدة غير مؤقتة بمدة فان صحبها توقيت كان العقد فاسداً عينت المدة أو لم تمين كانت المدة قصيرة أو طويلة . فلو قال رجل لامرأة : تزوجتك مدة عام مثلاً وقبلت الزوجة ، أو قال لها : زوجيني نفسك مدة عشر سنوات أو فترة من الزمن أو مدة إقامتي في هذا البلد وقبلت كان العقد فاسداً . لأن العقد بهذه الصورة يكشف عن الغرض المقصود منه وهو مجسرد الاستمتاع المؤقت ، والزواج لم يشرع لهذا

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٥٦ .

(٢) أما الطائفة الدرزية فان حضور الشهود لا بد منه ولكنه لا يكفي في الشهادة أقل من أربعة . كما جاء بالمادة (١٤) ونصها يتم عقد الزواج بالإيجاب والقبول من الثريعتين في مجلس العقد بحضور شهود . ويموز أن يكون الشهود من أصول وفروع الخاطب والخطوبة . على أن لا يقل عددهم عن الأربعة .

الغرض بل شرع للاستقرار والسكن وتكوين الأسرة . وهذا لا يكون مع التوقيت وهو متفق على عدم صحته ولم يخالف فيه إلا الشيعة القائلون يجوز زواج المتعة وسيأتي توضيح ذلك في تقسيم العقد من حيث الأطلاق والتقييد .

المبحث الثالث

في شروط النفاذ

معنى نفاذ العقد : أن تترتب عليه آثاره الشرعية ، فالعقد إذا كان مستوفياً لأركانه وشروط صحته لا تترتب عليه آثاره بالفعل إلا بشروط تسمى في عرف الفقهاء بشروط النفاذ . ويحتمل أن يكون لكل من الماقدن الحق في إنشاء عقد الزواج، ويتحقق ذلك بكمال أهليتهما مع وجود صفة شرعية تجيز لهما إنشاء هذا العقد . وكمال الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل ، والصفة هي الأصالة أو الولاية أو الوكالة .

وعلى هذا إذا تولاه الزوجان مع كمال أهليتهما نفذ انعقد وترتبت عليه آثاره عند من يصحح الزواج بعبارة النساء وهم الحنفية ومن وافقهم .

وإذا كان أحدهما ناقص الأهلية كالصغير المميز والمعتوه العقد صحيحاً موقوفاً على إجازة من له الإجازة ، لأن وجود أصل الأهلية يجعله منعقداً صحيحاً ونقصانها يجعله موقوفاً على الإجازة ليتمكن تلافي الضرر المحتمل من هذا العقد، أما إذا كان أحدهما فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز فإن العقد يكون باطلاً كما قدمنا .

وإذا تولاه غيرهما من كملت أهليتهما فإن كان ولياً أو وكيلاً نفذ العقد .

وإن كان مجرداً من هذه الصفة انعقد موقوفاً على الإجازة ، لأن وجود الأهلية الكاملة يجعله منعقداً صحيحاً ، وعدم الصفة المحولة لإنشاء العقد يجعله

موقوفاً على الإجازة . ويسمى ذلك الشخص في عرف الفقهاء بالفضولي . ومثل الفضولي في هذا الوكيل إذا خالف مقتضى الوكالة . كأن يوكله في زواج امرأة معينة أو بمهر معين فيزوجه غيرها أو بمهر أكثر . فإن العقد يكون موقوفاً على إجازة الموكل .

وكذلك الولي البعيد إذا عقد الزواج مع وجود الولي القريب الكامل الأهلية ، فإن عقده يكون موقوفاً على إجازة القريب . وسيأتي بيان هذا في بحث الولاية .

وإذا زوج السفية أو من عنده غفلة نفسه صح العقد ونفذ ولو كان محجوراً عليه ، لأن عقد الزواج تصرف شخصي لا يرد عليه الحجر ، وإنما الحجر على التصرفات المالية .

ولهذا لو تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها ثبت لها مهر المثل فقط ، ولو كان السفى في جانبها ورضيت الزواج بالأقل ثبت لها مهر المثل ، وإن سمي لها أكثر صحت التسمية إذا لم يكن سفياً وإلا فيقتصر على مقداره .

المبحث الرابع

في شروط اللزوم

معنى لزوم العقد : ألا يكون لأحد الزوجين أو لغيرهما من يتعدى إليه ضرر العقد حق فسخه بعد تمامه ^(١)، وعلى هذا يكون المراد بشروط اللزوم هي

(١) قد يقال : إن للزوج حق الطلاق فهو يملك فسخ العقد مع لزومه . والجواب أن الفسخ نوعان : أحدهما ما كان سبب الفسخ فيه أمراً يتصل بإنشاء العقد كالفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة أو لعدم الكفاءة على رأي . وهذا النوع ينقض العقد من أسسه كان لم يكن ، =

الشروط التي اذا تحققت كلها لم يكن لأحد الحق في فسخ العقد، فان تخلفت تلك الشروط أو بعضها كان العقد غير لازم يجوز فسخه إذا طلب ذلك صاحب الشأن .

والأصل في عقد الزوج أن يكون لازماً لأنه شرع لمقاصد لا توجد إلا مع لزومه ، ولذلك لا يصح فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية كما في البيع عند كثير من الفقهاء .

غير أن هذا اللزوم لا يكون إلا إذا توفر الرضا الكامل من الجانبين ، فإذا وجد فيه ما ينقضه عند أحدهما ثبت له خيار الفسخ ويكون العقد غير لازم .

وعلى هذا يشترط للزوم عقد الزواج إجمالاً : أن يكون خالياً مما يوجب الفسخ .

ولما كان الموجب للفسخ يختلف باختلاف متولي العقد كان لا بد من تفصيل ذلك الشرط المجهل إلى الشروط الآتية .

أولاً : أن يكون الزوج كفاً^(١) للزوجة إذا زوجت نفسها وهي كاملة الأهلية . أي بالغة عاقلة رشيدة .

« وثانيهما : ما كان لمرض يمنع بقاء الزواج كالفسخ بردة أحد الزوجين أو بإلزام الزوج عن الإسلام بعد إسلام الزوجة والفسخ بالمان . والطلاق ليس فسخاً بالمعنى الأول ، لأنه ينهي العقد ولا يرفقه من أساسه . وهو وإن كان فسخاً بالمعنى الثاني إلا أنه لا يتنافى مع لزوم عقد الزواج لأن الطلاق مشروع للضرورة ليكون علاجاً لحالة طارئة على الحياة الزوجية المفروض فيها أن تكون دائمة إذا أصبحت تلك الحياة ضرراً على طرفي العقد . ومن المقرر « أن الضرر يزال » .

(١) الزوج الكفء هو السادي للزوجة في أمور خاصة منها الدين والنسب . وسيأتي بيانها في بحث الكفاءة إن شاء الله .

فان لم يكن كفتاً لم يكن العقد لازماً إذا كان لها ولي عاصب^(١) لم يرض بهذا الزواج ، فله حق الاعتراض وطلب الفسخ^(٢) ، لأن الكفاءة حق مشترك بين الزوجة وأوليائها ، فإذا أسقطت حقها بقي حق الأولياء . لكن هذا الحق ثابت ما لم يسكت حتى تلد أو تحبل حبلا ظاهراً ، فان حدث ذلك سقط حق الاعتراض ، لأن حق الولد هنا في المحافظة عليه وربيته أقوى من حق الأولياء في الاعتراض . وهذا في الرواية الظاهرة عند الحنفية^(٣) .

ثانياً : ألا يقل مهرها عن مهر أمثالها من قوم أبيها إذا زوجت نفسها ولو كان الزوج كفتاً لها ، فلو زوجت نفسها من كفء بأقل من مهر مثلها ولها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج كان العقد غير لازم ، وللولي حق الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الأولياء - كما يجري به العرف بين الناس - يفتخرون بكثرة المهور ويتمتعون بنقصانها .

وهذا الحق ثابت ما لم يقبل الزوج زيادة المهر إلى مهر المثل أو تلد المرأة أو تحبل حبلا ظاهراً ، فان حصل شيء من ذلك سقط حق الاعتراض عند أبي

(١) الولي العاصب هو القريب للمرأة قرابة لا تتوسط فيها الأنتى وحدها كالأب والجد لأب وإن علا والأبن وابن الأبن والأخ الشقيق أو لأب والعم الشقيق أو لأب وهكذا . فان لم يكن لها ولي عاصب وقع عقدنا لازماً .

(٢) ولو فسخ القاضي هذا العقد لا يعتبر فسخه طلاقاً بل هو رفع العقد من أصله ، فإذا كان قبل الدخول والحقة الصحيحة لم يفترب عليه شيء من الآثار فلا مهر ولا ميراث إذا مات أحد الزوجين ، أما إذا مات أحدهما قبل فسخه فرتب عليه الآثار لأنه عقد صحيح فلهذا ، فان حصل دخول أو خلوة صحيحة وجب جميع المهر وثبت به سق التناوثر ووجبت المدة ط المرأة بعد الفقرة وثبت فسخ الولد من الزوج .

(٣) وفي رواية الحسن بن زيد عن أبي حنيفة أنها إذا زوجت نفسها بدون كفء كان العقد غير صحيح حساً للزواج من أجل الأمر ، لأن الولي قد لا يحسن الخصومة وإن أحسنها فقد لا يمدد القاضي ، وقد يتوك الولي الاعتراض أنفة من التردد على أبواب القضاء . فتح القدير

ج ٢ ص ٣٩٩

حنيفة^(١) وهو الذي يجري عليه العمل في القضاء في مصر .

ومذهب الجعفرية أن رضا المرأة بزواجها من غير كفء أو بأقل من مهر المثل كاف في لزوم العقد ، ولا يتوقف على رضا الأولياء ، لأن الكفاءة والمهر حتمان للمرأة وحدها فإذا أسقطتها سقطا .

وعلى هذا يكون الممولى به في لبنان بالنسبة للجعفرين عديم اشتراط الكفاءة أو مهر المثل بمقتضى مذهبهم .

وأما بالنسبة للسنيين فيشترط في لزوم العقد أن يكون الزوج كفئاً سواء كان بهر المثل أو بأقل منه كما جاء بالمادة ٤٧ من قانون حقوق العائلة . ونصها :

« لو كتمت الكبيرة ولها وزوجت نفسها لآخر بدون استحصال رضائه ينظر إن تزوجت كفءاً أم لا ، فإلزاماً لازم ولو كان بأنقص من مهر المثل ، أما إذا تزوجت شخصاً غير كفء فلاولي أن يراجع المحاكم ويطلب فسخ النكاح » .

وإذا ثبت حق الاعتراض وطلب الفسخ للولي ورفع الأمر للقاضي فسخ الزواج ما لم يظهر الحمل بالمرأة كما جاء بالمادة المحمين ونصها : « إنما يجوز للمحاكم فسخ النكاح بعدم الكفاءة قبل ظهور الحمل ورضاء الولي دلالة أو صراحة يسقط حق الفسخ » .

ولو رضي أحد الأولياء دون الآخر بزواج غير الكفاء أو بأقل من مهر المثل سقط حق الباقي في طلب الفسخ ولزم العقد على القول الراجح في مذهب الحنفية .

(١) وعند الصاحبين إنه لا حق للولي في طلب الفسخ ، يتقصان للهر ما دام المسمى عشرة دراهم فأكثر ، لأن ما زاد على عشرة دراهم خالص حقها والذي يسقط عنه لا يمترض عليه أحد .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ٤٩ ونصها : « رضاه أحد الأولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين ، وكذلك رضاه الولي البعيد في الدرجة إذا كان الولي الأقرب غائباً يسقط حق اعتراضه » .

وإنما يسقط حق الاعتراض في هذه الحالة لأنه ثبت بسبب مشترك لا يتجزأ وهو القرابة فلا يقبل التجزئـة وإسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط الكل . كالمعتق مثلاً .

ثالثاً : أن يكون الزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها كالمجنون والمعتوه والصغير والصغيرة الأب أو الجد المعروفين بحسن التصرف والاختيار .

فلو زوج الأب أو الجد واحداً من هؤلاء كان العقد لازماً ، ولو كان الزوج من غير كفء أو بأقل من مهر المثل . حتى لو بلغ الصغير أو أفاق المجنون وعقل لا يكون لها الحق في الفسخ ، لأن الشأن في الأب والجد المعروفين بحسن التصرف والاختيار أن يعملوا على مصلحة من في ولايتها ، فإذا تسامها وزوجا بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل لا يكون ذلك إلا لمصلحة تفوق الكفاءة والمهر .

ومثلها في ذلك ما إذا زوج الابن أمه التي سلب عقلها بغير كفء أو بأقل من مهر المثل فإن العقد يازم وليس لها حق طلب الفسخ إذا ما عقلت .

أما إذا كان الأب أو الجد معروفاً بسوء التصرف فإن عقدهما يكون غير لازم ويثبت حق الفسخ عند البلوغ إن كان الزوج صغيراً ويسمى خيار البلوغ أو عند الأفاقة إن كان مجنوناً أو معتوهاً ويسمى خيار الأفاقة .

وكذلك إذا زوج واحداً من هؤلاء غير الأب والجد . كالأخ والعم وابن العم فإن العقد لا يكون لازماً حتى ولو كان الزوج بالكفء وبمهر المثل ، لأن شفقة هؤلاء وحرصهم على مصلحة من في ولايتهم لا تبلغ درجة الكمال فلا

تساوي شفقة الأب والجد ، فلاحتمال ألا يكون في هذا الزواج مصلحة ثبت
حق الفسخ لمولاه .

ومذهب الجعفرية أنه إذا كان الزوج الصغير والصغيرة والبالغ فاسد العقل
الأب أو الجد لزم العقد ولا خيار لهم عند البلوغ أو الأفاقة . وإذا كان الزوج
لهم غيرهما ثبت لهم الخيار عند البلوغ أو الأفاقة كما جاء في المختصر النافع « (١) » .

رأبها : ألا يكون الزوج قد غرر في أمور تتعلق بكفائه . كأن يدعي
نسباً معيناً تم الزواج على أساسه ثم ظهر كذبه كان العقد غير لازم بالنسبة إلى
طرف الزوجة فلها أو لوليها حق طلب الفسخ .

أما تقرير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد ، لأن الرجل يملك الطلاق فله
أن يطلق إذا ما ظهر له تقريرها ولا حاجة به إلى طلب الفسخ .

(١) ص ١٩٦ وما بعدها .

الفصل الثالث

في طرق إثبات الزواج وتزويج الصغار

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في طرق إثبات الزواج

يثبت الزواج شرعاً بإحدى طرق ثلاث . الأقرار والبينة والنكول عن
اليمين أي الامتناع عنه .

فإذا ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمراً يتعلق به كالهرم والنفقة مثلاً فإن
أقر الطرف الآخر ثبت ، لأن الأقرار حجة على المقر ، ويكون الثبوت
بتصادقها عليه ، فيكون تقريراً للواقع وإثباتاً لزوجية سابقة لا إنشاء لعقد
الزواج وقت الأقرار ، والا لاحتاج الأمر إلى إظهار عليه ولم يقل أحد من
الفقهاء ذلك ^(١) .

وإن لم يقر طوالب المدعي بالبينة ، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت
العقد ، فإن عجز المدعي عن إقامة البينة وجهت اليمين إلى الطرف الآخر

(١) يلاحظ هنا أن ثبوت الزواج بهذا الأقرار يتوقف على توافر شروط أهلية المقر
للأقرار وألا يوجد مانع شرعي من قيام هذه الزوجية .

المنكر ، فإن حلف على أن هذه الدعوى غير صحيحة ، رفضت الدعوى ، وليس معنى رفضها أنها لا تسمع بعد ذلك ، بل يصح تجديدها إذا وجد المدعي شهوداً يشهدون له .

وإن امتنع المنكر عن اليمين قضى بثبوت الزواج ، لأن النكول عن اليمين لإقرار على الرأي المفتى به في منهج الحنفية وهو رأي صاحبين (١) .

ويرى الشافعية والجمهور أنه إذا امتنع المنكر عن اليمين ردت على المدعي فإن حلف قضى له وإن امتنع ردت دعواه .

تلك هي الشروط التي شرطها الفقهاء في عقد الزواج ، وهذه طرق إثباته . وقد استنبطوها من النصوص وتطبيق القواعد الشرعية ، فإذا توافرت الشروط كلها كان العقد صحيحاً نافذاً لازماً شرعاً ولا اعتراض لأحد عليه . وإن تخلف منها شرط أو في العقد حسب نوع ذلك الشرط ، فإن كان شرط انعقاد لم يوجد العقد ، وإن كان شرط صحة كان العقد غير صحيح وهكذا .

وهو يثبت إما بالأقرار من الطرفين أو بالبينة أو النكول عن اليمين عند الاختلاف فيه كما سبق .

المبحث الثاني

في تزويج الصغار

موقف الفقهاء منه :

قديماً اختلف الفقهاء في زواج الصغار غير البالغين .

(١) ويرى أبو حنيفة أنه لا توجه اليمين إلى من أنكر الزوجية لأن النكول عن اليمين ليس لإقراراً عنده فلا فائدة في توجيهها .

فذهب الجماهير منهم إلى جوازهم ومعهم الشيعة الجعفرية^(١) وعدم اشتراط البلوغ في صحة الزواج ، لأن القرآن اعتبره صحيحاً ورتب عليه بعض آثار الزواج في قوله تعالى : « واللّٰثي يثنّ مسنّ الحيض من نساكنكم إن ارتبتم فمعهن ثلاثة أشهر واللاّثي لم يحضن » / الطلاق / ٤ .

فقد جعل عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر . ومعلوم أن هذه العدة لا تكون إلا بعد زواج صحيح يعقبه طلاق ولما ثبت من فعل رسول الله وأصحابه من بعده ، ولما قد يكون فيه من تحقيق مصلحة في بعض الحالات ، فقد يجيء الكفء يطلب زواج الصغيرة والولي حريص على مصلحة ابنته الصغيرة فيزوجها حتى لا يفوت الكفء إذا ما انتظر بلوغها حيث لا يوجد في كل وقت .

وذهب البعض كابن شبرمة وعثمان البقي وأبو بكر الأصم إلى منع زواج الصغار واعتبره باطلاً ، لأن القرآن جعل النكاح للبالغين في قوله سبحانه : (وابتلوا النّيا منى حتى إذا بلغوا النّكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) فقد جعلت الآية بلوغ من النكاح علامة على انتهاء الصغر ، ولو كان الزواج يصح للصغار لما كان لهذه الغاية معنى .

ولأن الزواج شرع للمعاشرة والتناسل وتكوين الأسر ، ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغار فيكون ضرباً من اللهو والعبث ، بل قد يترتب عليه الضرر ، فلا فائدة إذن من إقدام الأولياء عليه .

تلك وجهة كل من الرأيين باختصار ولسنا هنا بصدد ترجيح رأي على رأي ولكننا نقول : إنهم مع هذا الاختلاف اتفقوا على عدم تقييدهم ببلوغ سن معينة كست عشرة أو سبع عشرة الخ .. غير أن المانعين شرطوا لصحته البلوغ وهو

(١) كما صرحت به كتبهم في عبارات كثيرة كما في المختصر النافع ص ١٩٦ ، ص ١٩٧ .
ورشاح الإسلام ج ٢ صفحات ١١ ، ٣٨ ، ٤١ .

في الأصل يكون بالعلامات الطبيعية ووقتها يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم فإذا تأخرت العلامات الطبيعية في الظهور اعتبر البلوغ بالنسبة له هو يختلف من رأي لآخر .

ولكن حدثت أمور اقتضت إعادة النظر في سن الزواج وإلزام الناس برأي يطبق على الجميع ، فكانت للقوانين الصادرة جولة في هذا الأمر .

موقف القانون

كان الناس يزوجون الصغار عملاً برأي جامعي الفقهاء القائلين بصحة زواج الصغار ، ولم يكن ثمة اعتراض لأحد على ذلك ، وكانت المحاكم في البلدان الإسلامية تسير على هذا الرأي فكانت تسمع دعوى الزوجية ولو كان الزوجان صغيرين أو أحدهما ، ولا يزال العمل جارياً على ذلك إلى الآن في بعض الدول الإسلامية كالسودان والسعودية .

ولما كان تزويج الصغار يترتب عليه بعض الأضرار الخلقية والاجتماعية كما هو مشاهد ومعروف فكرت الدولة العثمانية عند وضع قانون حقوق العائلة في علاج لهذه المسألة . فتمت زواج الصغار أصلاً قبل سن مميّنة في المادة السابعة ونصها .

ولا يجوز لأحد أصلاً أن يزوج الصغير الذي لم يتم السنة الثانية عشرة من العمر والصغيرة التي لم تتم السنة التاسعة من العمر .

وهي السن التي قرر فقهاء الحنفية قبول دعوى البلوغ من الفتى والفتاة فيه بالعلامات البالغة عليه . كالاحتلام في الفتى والحيض في الفتاة .

كما حددت سن الأهلية الزواج من الجنسين في المادة الرابعة من هذا القانون ونصها :

« يشترط لأن يكون الخاطب حائزاً أهلية النكاح أن يتم السنة الثامنة عشرة

والمخطوبة أن تتم السنة السابعة عشرة من العمر». وهي السن التي حددها أبو حنيفة للبلوغ بالسن إن لم توجد العلامات الطبيعية الدالة على البلوغ قبل ذلك .
فقد حددت المادتان مبدأ أهلية الزواج واكتمالها لكل من الفتى والفتاة .
فجعلت مبدأ أهلية الفتى سن الثانية عشرة فلا يصح عقد زواجه قبلها ، واكتمال أهليته سن الثامنة عشرة فيصح العقد بعدها دون توقف على شيء .

وفي الفتاة جعلت مبدأ أهليتها سن التاسعة بحيث لا يصح زواجها قبل بلوغها ، واكتمالها بالسابعة عشرة بحيث يصح تزويجها بعدها دون حاجة إلى استئذان الحاكم .

غير أن القانون لم يقتصر على هذا ، بل أجاز الزواج لها ما بين هاتين السنين إذا أذن الحاكم لها بذلك في المادتين الخامسة والسادسة ونصها :

م - ٥ - « إذا راجع المراهق الذي لم يكمل السنة الثامنة عشرة من العمر وبين أنه بلغ فللحاكم أن يأذن له بالزواج إذا كان حاله يتحمل ذلك » .

م - ٦ - « إذا راجعت المراهقة التي لم تتم السنة السابعة عشرة من العمر وادعت أنها بلغت فللحاكم أن يأذن لها بالزواج إن كان حالها يتحمل ذلك بأذن وليها » .

فلزواج الأشخاص في نظره ثلاث مراتب :

الأولى : قبل سن الثانية عشرة للفتى والتاسعة للفتاة ، وفيها يكون الزواج غير صحيح أصلاً .

الثانية : ما بين الثانية عشرة والثامنة عشرة للفتى ، وما بين التاسعة والسابعة عشرة للفتاة وفيها يجوز الزواج إذا أذن الحاكم بعد أن يتبين له أن حالتها تتفق ودعواهما البلوغ مع أذن الولي في زواج الصغيرة .

الثالثة : ما بعد الثامنة عشرة للفنق والسابعة عشرة للفنأة والزواج فيها صحيح نافذ غير موقوف على شيء .

وخلصة موقف هذا القانون : أنه شرط لصحة الزواج البلوغ ، فحدد له حداً أدنى . يقطع بعدم حصوله قبله ، وحداً أعلى يقطع فيه بتحقيقه بعده ، وما بين الحدين جعله في مجال النظر المقوض للحاكم « أي القاضي » فان صدق الحال دعوى البلوغ أذن وإلا فلا اذن . فيؤول في النهاية إلى أنه لا زواج إلا للبالغين وأما الصغار فلا يجوز زواجهم .
ما عليه العمل في لبنان :

لما كان هذا القانون هو المطبق في لبنان فيكون العمل في المحاكم الشرعية السنية وفق هذا القانون وهو منع زواج الصغار وتقييد صحة الزواج بسن معينة على التفصيل السابق .

وفي المحاكم الجعفرية يطبق مذهبهم . وهو عدم التقييد بسن معينة ، لأن القانون لا يتفق ومذهبهم ، وقد شرطت المادة (١١١) من قانون تنظيم المحاكم الشرعية في تطبيق هذا القانون في محاكمهم ملائمة لمذهبهم .

وفي المحاكم الدرزية يطبق قانونهم وهو يقيد سن الزواج بسن معينة ويمنع زواج الصغار بتفصيل قريب من التفصيل الموجود في قانون العائلة . والخلاف بينهما في تحديد السن مع اشتراط اذن ولي الصغير والصغيرة في المرتبة الوسطى^(١) .

ثم ان قانون العائلة شرط شرطاً شكلياً في إجراء عقد الزواج . وهو حضور حاكم القضاء الموجود فيه محل إقامة أحد الخطيين أو نائبه المأذون أثناء العقد وينظمه ويسجله كما نصت المادة ٣٧ منه .

(١) ففي المراد من ١ - ٥ تحديد للسن الأدنى يست عشرة سنة للصغير وخمس عشرة سنة للصغيرة وجعل سن الأهلية ١٨ سنة للفنق ، ١٧ سنة للفنأة ، واشترط الاذن فيما بين ١٨٠١٦ سنة للفنق وفيما بين ١٥ ، ١٧ بالنسبة للفنأة واشترطت في هذه الحالة اذن ولي كل من الصغير والصغيرة بينما اقتصر قانون العائلة على اشتراطه بالنسبة للفنأة .

بينما القانون الدرزي يجعل ذلك شرطاً لصحة العقد فالمادة ١٦ منه تنص على أنه « لا يكون عقد الزواج صحيحاً إلا إذا أجراه أحد شقيقي العقل أو قاضي المذهب أو من أتابه عنه لأجرائه » .

ما عليه العمل في جمهورية مصر العربية :

أما في مصر فلم يصدر تشريع يقيد سن الزواج بقيد يمنع من صحته بدونه فبقي زواج الصغار صحيحاً شرعاً وقانوناً تترتب عليه آثاره الشرعية ما دام لم يحصل فيه خلاف أو أنكار يؤدي إلى رفع الأمر إلى القضاء .

والتشريعات التي صدرت في هذا الموضوع تتعلق بإجراء عقد الزواج رسمياً أمام الموظف المختص ، وبسماح دعوى الزوجية عند الاختلاف فيها ، وتتضمن شروطاً قانونية لا تمس صحة العقد شرعاً ، وإنما يترتب على مخالفتها آثار قانونية لا تدخل لها في الحل والحرمة . وإليك هذه الشروط مع توضيح الباعث على وضعها .

أولاً - في إجراء عقد الزواج :

اشتراط القانون لأجراء الموظف المختص عقد الزواج وتسجيله في الوثائق الرسمية أو تسجيل المصادقة عليه ^(١) . بعد استيفائه الشروط الشرعية : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ، و سن الزوج عن ثنائي عشرة سنة وقت إجراء العقد أو وقت التصديق عليه .

جاء ذلك في الفقرة الثانية من المادة ٣٦٧ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها : « لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا

(١) يراد بالمصادقة على عقد الزواج أن يقر الزوجان لدى الموظف المختص بترتيق عقود الزواج بأنهما عقدا زواجهما في تاريخ سابق ويرغبان الآن في تسجيله وتوثيقه .

المصادقة على زواج مستند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثلثي عشرة سنة وقت العقد .

ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز للموظف المختص بمباشرة عقود الزواج أن يقوم بتحرير عقد زواج بين اثنين تقل سنهما عن السن المحددة وقت إنشاء العقد ، كما لا يجوز له أن يصادق على زواج مستند إلى ما قبل صدور القانون المذكور تقل فيه سن الزوجين عن ذلك .

وقد بينت المذكرة الأيضاحية لهذا القانون السبب الداعي إلى هذا التقييد كما بينت السر في التفرقة بين سني الزوجين فقالت : إن عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقاها والعناية بالنسل أو إهماله ، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً لحسن القيام بها ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن الرشد المالي ^(١) .

غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي ومما يلزم لتأهيل البيت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي كان سن المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللغاة ١٦ سنة .

ولما تحايل الناس على هذا القانون ليوثقوا زواج الصغار بإخفاء شهادات الميلاد والاستشهاد بشهادات الأطباء أحياناً أو بشهود الزور أحياناً أخرى وضع المشرع عقوبة لمن يعقد هذا العقد وهو يعلم أنه يخالف للحقيقة أو يدلي بملومات كاذبة يعقد العقد بناء عليها .

(١) قد كان سن الرشد المالي وقت صدور هذا القانون ثلثي عشرة سنة ، ثم وقمت بعد ذلك إلى إحدى وعشرين سنة في سنة ١٩٤٧ بالقانون رقم ٩٩ حيث نصت المادة ٤٤ منه على أن سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كلمة .

جاء ذلك بالمادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ (١) .

ثانياً - في سماع دعوى الزوجية :

اشترط القانون لسماع دعوى الزوجية أمام المحاكم أمرين :

أولهما : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة و سن الزوج عن ثماني عشرة سنة هلاية وقت رفع الدعوى سواء أ كان النزاع في نفس الزوجية أم في أو من آثارها كالهر والنفقة والطاعة والميراث كما جاء في الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وقد كان قبل ذلك لا تسمع دعوى الزوجين إذا كانت سن الزوجين أقل من السن القانونية وقت العقد سواء كانت سنهما وقت الدعوى بلغت ذلك أو لا ، كما نص عليه القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الصادر بشأن تحديد سن الزواج فجاء هذا التعديل تيسيراً على الناس وصيانة لحقوق الزوجية واحتراماً لآثارها حيث قصر المنع على حالة واحدة فقط وهي ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة .

فأصبح للمحاكم أن تسمع دعوى الزوجية إذا كان الزوجان قد بلغا وقت رفع الدعوى السن القانونية للزواج وإن لم يكونا قد بلغا هذه السن وقت عقد زواجهما . كما صرحت به المذكرة التفسيرية . فإذا كان سن الزوجين أو أحدهما

(١) ونصها يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً لضبط عقد الزواج أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقاً كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج إذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون .

تقل وقت رفع الدعوى عن السن القانونية فلا تسمع الدعوى ، والمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى في هذه الحالة . وعدم سماع الدعوى شامل لدعوى الزوجية أو آثارها ما عدا دعوى النسب فإنها يقيت كما كان الأمر قبل هذا القانون تسمع دعواه وإن لم يكن الزوجان بلغا هذه السن وقت العقد ، وإن لم يكن عقد الزواج موثقاً وعبارتها في هذا :

« وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوي النسب بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت رغمًا من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة القديمة .

وثانيها : وجود مسوغ كتابي يثبت الدعوى عند إنكار المدعي عليه ^(١) .

واشترط هذا كان في تعديل اللائحة سنة ١٨٩٧ ثم تنوع. المسوغ الكتابي في التعديلات التالية له إلى أن استقر على التعديل الأخير الصادر في أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، ومعنى هذا أن حوادث الزواج قبل سنة ١٨٩٧ لا يشترط لإثباتها عند الإنكار وجود مسوغ كتابي وإنما يشترط فيما حدث منها بعد هذا التاريخ .

وقد جاء هذا المسوغ الكتابي مختلفاً في صورته تبعاً لاختلاف الفترات الزمنية فقسمته المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إلى ثلاثة أنواع يشترط وجود كل منها في فترة محددة كما قمت الفترات إلى أربع :

الأولى : حوادث الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ تثبت بالطرق الشرعية بالبيننة عند الإنكار سواء كانت الدعوى مقامة في حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما ولا يشترط فيها مسوغ كتابي وإنما يشترط كون الدعوى مقامة من أحد الزوجين ، وأن يكون زواجهما مشهوراً بين الناس كما جاء في الفقرة

(١) أما إذا كان مقرأ بالزوجية فيحكم بشيرتها معاملة له بإقراره وهو حجة عليه .

الثانية من المادة السابقة، فإذا كانت الدعوى مرفوعة من غير الزوجين أو لم يكن زواجهما مشهوراً فلا تثبت الدعوى بالبينة .

الثانية - حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٨٩٧ وأول سنة ١٩١١ وثبتت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها عند الإنكار وجود أوراق خالية من شبهة التزوير قدل على وقوع الزواج سواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما . كما جاء في الفقرة الأولى من تلك المادة .

الثالثة - حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٩١١ إلى آخر يولييه سنة ١٩٣١ وثبتت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية ، وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها وجود أوراق رسمية ومكتوبة بخط المتوفي وعليها أمضاؤه سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما نصت عليه الفقرة الثالثة .

الرابعة : حوادث الزواج الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلى الآن .

وهذه لا تسمع فيها الدعوى عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة في وثيقة زواج رسمية سواء كانت الدعوى في حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو بعد وفاة أحدهما . وسواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما جاء بالفقرة الرابعة من تلك المادة .

والفرض الذي يهدف إليه المشرع من وضع هذين الشرطين وتقيد الاعتراف بالزواج رسمياً بهما يتلخص في الأمور الآتية .

١ - تلافي الضرر الصحي والاجتماعي الذي ينشأ عن زواج صغار السن ، لأن مسؤوليات الزواج عظيمة وخطيرة قلما يتحملها صغار السن . فحدد القانون تلك السن وفيها يكون الزوجان قد وصلا في الغالب إلى حالة جسمية

وفكرية يستطيعان معها تحمل أعباء الزوجية من تكوين الأسرة وتربية الأولاد إلى غير ذلك مما شرع الزواج لتحقيقه .

٢ - حفظ الحقوق الزوجية الناشئة عن عقد الزواج بصيانة هذا العقد من العبث والضياع يحجبه وإنكاره إذا ما عقد بدون وثيقة رسمية ثم أنكره أحد الزوجين وعجز مدعيه عن إثباته بالطرق الأخرى ، ولو كان بيده وثيقة رسمية ما استطاع أحد إنكاره .

٣ - منع دعاوي الزواج الباطلة لأغراض سيئة كالطمع في المال أو الكيد للآخر . وقد كانت دعاوي الزواج لهذه الأغراض ترفع أمام المحاكم ولا يستطيع المدعي عليهم رفضها قبل هذا القانون .

وبعد صدوره مد الطريق أمامهم وحال بينهم وبين تلك الدعاوي الكاذبة.

هذا وليس معنى اشتراط القانون لسماع الدعوى بلوغ من معين أو وجود مسوغ كتابي أن عقد الزواج الخالي منهما يكون باطلا ، بل هو صحيح شرعاً وقانوناً ، لأن صحته شرعاً لا تتوقف على شيء من ذلك . ولأن القانون لو لم يعتبره صحيحاً لاعتبرت مقاربة الزوج للزوجة الصغيرة هناك عرض يعاقب عليه القانون ولا يمكن لأحد أن يقول ذلك .

وكل ما فعله هو أنه منع الموظف المختص من إثبات عقد زواج لم يبلغ الزوجان فيه السن القانونية كما منع القضاة من سماع دعوى الزواج من لم يبلغوا السن القانونية وقت رفع الدعوى مطلقاً سواء كانت الزوجية معترفاً بها أو غير معترف بها ، كما منعه من سماعها عند إنكارها إذا لم يوجد موعغ كتابي لسماعها .

ففقد شرط السن مانع من سماعها في حالتي الإنكار للزوجية والاعتراف بها .

وفقد المسوغ الكتابي مانع من سماحها عند الإنكار فقط . أما إذا كان معترفاً بها ومستوفاة شرط السن فإنها تسمع ويكون ذلك كالتصادق عليها .
وقد فعل ذلك تحقيقاً للأغراض السابقة مستنداً في هذا المنع إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن لولي الأمر أن يمنع القضاة من سماح بعض الدعاوي لما يراه من المصلحة في صيانة الحقوق من الضياع .
فوقفه في هذا موقف سلبى رغبة منه في تقليل وقائع الزواج بين الصغار والحيولة دون وقوع دعاوى الزواج الكاذبة .

الفصل الرابع

في أنواع الزواج من حيث الأطلاق والتقييد في صيغته

وفيه مباحث

تمهيد: صيغة عقد الزواج الصادرة من المتعاقدين إما أن تكون مطلقة عن القيود أو مقيدة . والمقيدة إما أن يكون القيد جزءاً منها أو خارجاً عنها .

ففي الحالة الأولى يكون العقد منجزاً مطلقاً وهو ما صدرت الصيغة فيه غير معقدة على شيء ولا مضافة إلى زمن مستقبل ولا مقيدة بوقت ولا مقرونة بشرط . والعقد فيها صحيح بالاتفاق تترتب عليه آثاره إذا كان مستوفياً لشرائطه السابقة كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك أو زوجيني نفسك فتقول قبلت أو زوجتك نفسي .

وفي الحالة الثانية إن كان القيد جزءاً من الصيغة فتحت أنواع ثلاثة الملق والمضاف والمؤقت . وإن كان خارجاً عنها فهو المقتن بشرط ، وإليك بيان هذه الأنواع الأربعة :

المبحث الأول

في الزواج المعلق والمضاف

١ - المعلق : التعليق هو الربط بين جملتين بأن يجعل تحقيق مضمون إحداهما موقوفاً على تحقيق مضمون الأخرى بأداة من أدوات التعليق كإِنْ وإِذَا ، والزواج المعلق هو ما جعل تحقق الإيجاب والقبول أو أحدهما معلقاً على تحقق شيء آخر كأن يقول رجل لآخر : زوجتك ابنتي إن رضي أخي فيقول الآخر قبلت ، أو يقول الرجل للمرأة زوجيني نفسك فتقول زوجتك نفسي إن رضي أبي .

ففي كل منها تعليق على شيء آخر فيرتبط وجوده بوجوده . وحكم هذا الزواج يختلف تبعاً لوجود الشيء المعلق عليه وعدمه وقت التعليق . فإذا كان المعلق عليه معدوماً وقت التعليق لا ينقصد العقد سواء كان ذلك المعلوم محقق الوجود في المستقبل . مثل إذا جاء الشتاء زوجتك ابنتي ، أو لم يكن محقق الوجود بأن كان يحتمل وجوده وعدمه مثل إن ربحت من تجارتك زوجتك ، أو إن نجحت في الامتحان تزوجتك ، فإن الريح والنجاح لا تقطع بوجودهما وكذلك لو كان مستحيل الوجود ، كما لو قال لها : زوجيني نفسك فقالت : إن شريت ماء هذا البحر كله زوجتك نفسي . لأن عقد الزواج من عقود التملكيات وهي لا تقبل التعليق ، ولأن الشارع وضعه ليفيد حكمه في الحال بدون تأخير فتعليقه على أمر سيحدث في المستقبل يخرجها عما وضعه الشارع له ويجعله محلاً للمقامرة واحتمال حصول آثاره أو عدم حصولها ، فكان تعليقه منافياً لوضعه الشرعي . وإن كان الشرط المعلق عليه متحقق الوجود في الحال . كأن يقول الرجل للمرأة : إن نجحت في الامتحان تزوجتك وقبلت وكانت ناجحة بالفعل فإن

العقد ينمقد في هذه الحالة ويكون صحيحاً ، لأن التملق هنا صوري فقط وهو تنجيز في الحقيقة لأن الشرط موجود وقت العقد .

ومثل ذلك لو قالت : زوجتك نفسي إن رضي أبي وكان أبوها حاضرا في المجلس وقال : رضيت ، لأن رضا الأب يحمل كأنه متحقق قبل العقد وقد أخبر عنه في مجلس العقد .

٢ - المضاف : وهو أن يضيف الموجب الصيغة إلى زمن مستقبل . كأن يقول لها زوجيني نفسك في أول العام القادم فتقول قبلت .

وهذا لا ينمقد أصلا لا في وقت العقد ولا في الزمن الذي أضافه إليه ، لأن الزواج مشروع ليقيد ملك المتعة في الحال ، والإضافة إلى المستقبل مانعه من ترتيب آثاره في الحال ، فتكون الإضافة منافية لمقتضى العقد فيلغو ، ولأن الأضافة لا تخرج عن كونها وعدا بالزواج حين يحيى الوقت المذكور والوعد بالزواج ليس زواجا .

المبحث الثاني

في الموقت

التوقيت : أن يقيد الصيغة بمدة من الزمن محددة أو غير محددة . طويلة كانت أو قصيرة كأن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك مدة سنة ، أو مدة إقامتي في هذا البلد أو ما شابه ذلك . وهذا الزواج غير صحيح ^(١) لما قدمناه من أنه

(١) وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنهما إذا سيا مدة لا يعيشان إليها عادة صح العقد لكونه تأبيدا معنى . ورد ذلك للكمال بن الهمام في فتح القدير بقوله : ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت فصدق عليه أنه زواج مؤقت . ط أ نقول : أنه لا يدري وقت العقد هل يعيشان إليها فيكون غير دائم أو لا يعيشان إليه فيكون مؤبدا

يتناقى مع مقاصد الزواج حيث لم يقصد به إلا مجرد التمتع بها في تلك الفترة .
وخالف في ذلك زفر من الحنفية ذاهباً إلى أن هذا زواج اقترن بشرط فاسد
والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة . ويكون ذلك كما إذا عقد عليها مع 'اشتراط
أن يطلقها بعد سنة مثلاً فإنه زواج مؤقت وقد اتفق أئمة المذهب على صحة
العقد في هذه الصورة وإلغاء الشرط فيصح العقد ويلغو التوقيت .

ولكن الراجح هنا هو الرأي الأول ، لأن تقييد الصيغة بوقت يجعلها غير صالحة
لأنشاء عقد الزواج المشروع لبناء الأسرة وتربية الأولاد ، بل التوقيت دليل على
أنه قصد به مجرد التمتع في تلك الفترة المحددة فيكون من زواج التمتع المنسوخ ،
وقياسه على صورة اشتراط التطليق غير صحيح لأن الأيجاب في الوقت ورد
على زواج مؤقت فالتوقيت جزء من الأيجاب والقبول فيفسدهما : أما في صورة
اشتراط الطلاق فالأيجاب ورد على زواج مطلق عن الوقت ولكنه أضيف إليه
شرط فالتوقيت مصاحب للأيجاب والقبول ومقارن لها وليس جزءاً منها فيلغو
الشرط ويصح العقد .

هل يفترق الزواج المؤقت عن زواج التمتع ؟

جمهور الفقهاء من أهل السنة لا يفرقون بين زواج التمتع والزواج المؤقت فيها
شيء واحد عندهم . فمنهم من يقول الزواج لأجل سواء بين الأجل أولاً هو
المسمى بزواج التمتع ويفسخ بغير طلاق مطلقاً سواء كان قبل الدخول أو بعده^(١) .
ومنهم من يستدل على بطلانه بالنهاي عن نكاح التمتع ويمثلون لها بأمثلة واحدة^(٢) .

ولكن بعض فقهاء الحنفية يفرقون بينها بأن الزواج المؤقت يكون بلفظ
النكاح أو الزواج مع حضور شهود وذكر في المدة ، وأما زواج التمتع

(١) الشرح الكبير مع حاشية النسوي ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٢) شرح مناهج الطالبين ج ٣ ص ٢١٨ .

فيكون بلفظ من مادة التمتع أو الاستمتاع من غير حضور شهود . ولكن هذه التفرقة لم يرتضها الكمال بن الهمام ^(١) فقال : إن الزواج المؤقت نوع من زواج التمتع ، لأن زواج التمتع عقد مؤقت ينتهي بانتفاء الوقت سواء كان بلفظ التمتع أو بلفظ النكاح أو الزواج حضره شهود أو لا وهو لا يقصد به إلا التمتع والمؤقت لا يخرج عن هذا ، ولأن التمتع التي رخص فيها رسول الله ﷺ لم يقيد بها بلفظ التمتع ولا بكونها من مادة (م . ت . ع) وإنما عبر عنها الرواة بلفظ التمتع فقط . وهذا رد وجهه لأننا إذا رجعنا إلى مذهب الجعفرية القائلين يجوز نكاح التمتع نجدهم يسمونه النكاح المنقطع في مقابلة الدائم ، ويقولون : إنه ينعقد بالفاظ ثلاثة . زوجتك وأنكحتك ومتمتك ، والأشهاد عندهم ليس شرطاً لا في الزواج الدائم ولا في التمتع ^(٢) فالتفرقة التي قالها بعض علماء الحنفية لا معنى لها فيها شيء واحد نعقد البحث الآتي لبيان موقف الفقهاء منه :

المبحث الثالث

في زواج الممتعة

زواج التمتع بين المانعين والمجوزين .

وفي هذا البحث ^(٣) نتبّع هذا النوع من الزواج من مبدأ الاذن فيه ونسير

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٨٤ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) من مراجع هذا البحث البدائع ج ٢ ص ٢٧٢ وما بعدها ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٥٠ ، الشرح الكبير بحاشية النسوي ج ٢ ص ٢٣٩ ، منهاج الطالبين ج ٣ ص ٢١٨ ، المنقذ لابن قدامة ج ٦ ص ٦٤٤ ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٤٤ وما بعدها ، نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية ومن كتب الجعفرية شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢٣ وما بعدها ، والمختصر النافع ص ٢٠٥ وما بعدها ، ومن لا يحضره الفقيه ج ٢٩٦ ، فقه الاسام جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ٢٥ وما بعدها .

معه خطوة بخطوة لتعرف ما طرأ على الترخيص فيه في حياة رسول الله ﷺ
والنزاع الذي ثار حوله بعد وفاته وما استقر عليه أمره وموقف الفقهاء منه
فنقول وبالله التوفيق :

لا خلاف بين الفقهاء في أن هذا اللون من الزواج قد رخص فيه رسول الله ﷺ
في بعض أسفاره، وبمباراة أدق في بعض غزواته لأمر طارىء يدعو إليه .

ففي الحديث المتفق عليه - كما يقول صاحب منتقى الأخبار - عن ابن مسعود
قال : كنا نغزو مع رسول الله ﷺ وليس معنا نساء فقلنا : ألا تختصي فتهنا
عن ذلك ثم رخص لنا بعد أن نتكح المرأة بالثوب إلى أجل ثم قرأ عبد الله
« يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ... الآية » .

وروى الترمذي عن سهل بن سعد قال : « إنما رخص النبي ﷺ في المتعة
لعزبة كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها بعد ذلك » .

وروى أحمد ومسلم عن سيرة الجهنبي أنه غزا مع النبي ﷺ فتح مكة قال :
فأقمنا بها خمسة عشر فأذن لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء ... ثم قال فلم
أخرج حق حرمها رسول الله .

وفي رواية عنه ، أنه كان مع النبي ﷺ فقال : يا أيها الناس إني كنت أذنت
لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده
منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتوهن شيئاً .

وروي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ « نهى عن نكاح المتعة
وعن لحوم الحمير الأنسية زمن خيبر » متفق عليه .

وروى البخاري عن أبي جمرة قال : « سألت ابن عباس عن متعة النساء فرخص
فقال له مولى له : إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة أو نحوه فقال ابن

عباس نعم ، (١) .

فهذه الأحاديث كما ترى - منها ما اقتصر على الأخبار بالترخيص ومنها ما اقتصر على الأخبار بالتحريم ، ومنها ما جمع بين الأمرين الترخيص والتعريم بعده . وكلها متفقة على أن الترخيص كان في حالات الغزو وليس فيها حديث واحد يفيد أنه رخص لهم فيها حالة الإقامة .

يقول الحازمي في الناسخ والمنسوخ بعد أن ذكر حديث ابن مسعود السابق ، وهذا الحكم كان مباحاً مشروعاً في صدر الإسلام ، وإنما أباحه النبي ﷺ لهم للسبب الذي ذكره ابن مسعود ، وإنما ذلك يكون في أسفارهم ولم يبلغنا أن النبي ﷺ أباح لهم وهم في بيوتهم ، ولهذا نهاهم عنه غير مرة ثم أباح لهم في أوقات مختلفة حتى حرمه عليهم في آخر أيامه ﷺ وذلك في حجة الوداع ، وكان تحريم تأييد لا توقيت فلم يبق اليوم في ذلك خلاف بين فقهاء الأمصار وأئمة الأمة إلا شيئاً ذهب إليه بعض الشيعة (٢) .

هذا ما كان في حياة رسول الله ﷺ ترخيص ثم نهي ، وترخيص ثم نهي إلى أن نهى عنها نهي تحريم إلى يوم القيامة ، ومن هنا حكى عن بعض الصحابة القول بحوازها بعد وفاة رسول الله ﷺ كعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود . كما حكى عن عمر أنه قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ وأنا أنهي عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج ، ويظهر أن أمر النسخ لم يبلغ هذا النفر من الصحابة فأفتى بالأباحة بعد وفاة رسول الله ﷺ وبخاصة إذا ثبت أنه ﷺ أباحها غير مرة عندما يوجد ما يقتضيها ثم ينهي عنها عقب كل مرة عندما يزول السبب .

(١) متنى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٤ .

(٢) للرجع السابق ص ١١٧ .

وهذا ما دعا عمر إلى أن يقول مقالته السابقة ، إن صحت .

وأثر عن الإمام الشافعي أنه قال : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المنة .

ومع ذلك ثبت الإنكار على من أفق بها بعد رسول الله . وقصة إنكار عبدالله بن الزبير على ابن عباس مشهورة حتى إنه توعد من يثبت أنه فعلها بالرجم ولا رجم إلا على الزنا .

وقد روي عن ابن عباس أنه قال - لما شاع عنه القول بجوازها المطلق - والله ما بهذا أفنت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للضطر ، كما حكى عنه أنه رجم إلى ما اتفق عليه الصحابة وصرح بأن قوله تعالى «فما استمتعتم به منهن» نسخه قوله عز وجل «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعلتهن» ، كما روي عن ابن مسعود مثل ذلك .

لكل هذا ذهب الجماهير من الفقهاء إلى أن زواج المنة منوخ وكل عقد يعقد على صفتها باطل يجب فسخه .

وفي رواية عن الإمام أحمد (غير المشهورة) أنه يكره ويصح (١) .

وذهب الشيعة الجعفرية إلى بقاء مشروعيتها لأنه لم يثبت عندهم نسخها كما يقولون ، وقد كان يكفي جماهير الفقهاء فيها ذهبوا إليه من أنها نسخت بعد الترخيص فيها ما قدمناه من الأحاديث الدالة على ذلك ولكنهم اضطروا إلى الاستدلال بأدلة أخرى مع ما سبق ليقابلوا بها أدلة القائلين ببقاء شرعيتها التي تفيد بظاهرها أنها مشروعة على أنها حكم أصلي لا رخصة أبيحت لضرورة . وإليك أدلة الفريقين :

استدل الجعفرية أولاً بقوله تعالى «فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن»

(١) حاشية الفتح ج ٣ ص ٤٨ .

والاستدلال من ثلاثة أوجه أحدها : إنه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح والاستمتاع والتمتع واحد .

والثاني أنه أمر بإبتاء الأجور فسمى ما يعطى للمرأة نظير التمتع بها أجرا والتمتع عقد إجارة على منفعة البضع .

والثالث : أنه تعالى أمر بإبتاء الأجور بعد الإستمتاع وذلك يكون في عقد الأجارة والتمتع فأما المهر فإنما يجب في النكاح بنفس المقد ويؤخذ الزوج بالمهر أولا ثم يمكن من الاستمتاع فدللت الآية على جواز عقد التمتع .

ثانيا : قالوا : إن عبد الله بن مسعود قرأ هذه الآية « فما استمتعتم به منهن » إلى أجل مسمى « وهو صريح في التمتع » .

ثالثا : قالو : إن إباحتها يجمع عليها والمجموع عليه قطعى وتحريمها مختلف فيه والختلف فيه ظني والظني لا ينسخ القطعى .

وأستدل المانعون بالكتاب والسنة والمقول .

أما الكتاب فقوله عز وجل في وصف المؤمنين « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » وهى تقيد أن الفروج لا تحل إلا بأمرين الزواج وملك اليمين والتمتع ليست بزواج لأنها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا يجري بينهما التوارث ولا تجب بها النفقة كما هو مقرر عند المبيعين للتمتع . وإذا لم تكن زواجا لم تكن المتمتع بها زوجة وليست بملك يمين وإلا لجلل بيمينها وهبتها . وإذا انتفى عنها الأمران المبيحان بقى غيرها على التحريم يشير إليه قوله جل شأنه بعد ذلك « فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » حيث سمى المبتغى بغير هذين الشئين عاديا فتكون التمتع عداونا .

وقوله تعالى : « وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله »

ولو كانت المتعة جائزة لم يأمر بالاستغفار من لا يجد قدرة على تفقات النكاح .

وأما السنة فقد دلت الأحاديث السابقة على أن رسول الله نهي عن المتعة بعد الترخيص فيها أكثر من مرة وقد قدمنا بعضها .

وأما المقول: فإن النكاح لم يشرع لفضاء الشهوة فقط بل لأغراض ومقاصد أسمى من ذلك يتوصل به إليها كتحقق السكن بين الزوجين والنسل وتكوين الأسرة . والمتعة لا تحقق شيئاً من ذلك فلا تكون مشروعة .

المنافسة لأدلتهم :

وأما ما احتج به المجوزون لها فيرد عليه ما يلي :-
أما الآية فإنها لا تدل على مدعاهم إلا إذا جعلنا هذا الجزء منها مستأنفاً منقطعاً عما قبله وهو لا يصح عربية لأن الفاء تجعل ما بعدها مربوطاً بما قبلها فالمعطف بها يأتي قطع ما بعدها عما قبلها والابتداء بها .

والآية من أولها في النكاح المشروع وهذا يحمل قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن » في التمتع بالنساء بطريق النكاح لا بالمتعة ، ولأن الله يقول في آخر الآية « ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيافكم إلى قوله » ذلك لمن خشي العنت منكم وأن تصبروا خير لكم » وهو يمنع من دلالة الآية على حل المتعة ، لأنها لو كانت جائزة لما اضطر الناس إلى نكاح الإماء ، وتقييده بخوف العنت وجعل الصبر على ترك نكاحهن خيراً من ذلك النكاح .

فأول الكلام في النكاح وآخره « ومن لم يستطع منكم طولاً » في النكاح أيضاً . فجعل « فما استمتعتم به منهن » في حل المتعة يقطع الكلام عن سابقه ولاحقه

. وأما قولهم إن الله ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح فلا يفيدهم ، لأن المراد به الاستمتاع بالنكاح ، لأن أول الآية وآخرها في النكاح فيكون ما بينها في النكاح وإلا قطع الكلام عن سابقه ولاحقه وهو بفكك النظام الكريم ولا يمنع من ذلك تسمية الواجب أجراً لأن الله سمى المهر أجراً في غير آية في قوله تعالى : « فانكحوهن بإذن أهلن وآوهن أجورهن » أى مهورهن « وقوله تعالى : « يأبى النبي إنا أحلنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن » فقد سمى مهر رسول الله أجراً . ولم يرو أن رسول الله تمنع بما أباحه لهم .

وأما قولهم إن الله أمر بإيتاء الأجور بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس النكاح ويؤخذ قبل الاستمتاع فلا يدل على أن المراد التمتع . لأن الآية جاءت لتؤكد حق الزوجة في تمام المهر متى استمتع بها الزوج ولتزيل من الأفهام ما قد يظن أن الزوجة لا تستحق تمام المهر إلا بعد تمام الاستمتاع . كما كان سائداً عندهم وكما هو متعارف عند الناس الآن من تقسم المهر إلى معجل ومؤجل وأن المؤجل لا يستحق إلا بالموت أو الطلاق أيهما أقرب ، لأن حق الزوجة في تمام المهر يتأكد بمجرد الدخول .

وأما ما نسب لابن مسعود من قراءة « إلى أجل مسمى » فغير ثابت ، ولو فرض ثبوته فلا يدل على التمتع ، لأن لفظ إلى أجل مسمى متعلق بالاستمتاع لا بنفس العقد ، والمدة المتعينة في التمتع إنما تكون متعلقة بنفس العقد لا بالاستمتاع كما هو مقرر عندهم ، لأنهم جعلوا تعيين الأجل شرطاً لصحة العقد ، فإذا لم يعين الأجل فيه لا يكون متعة . ولذلك قالوا : لو وهبها المدة قبل الدخول لزومه المهر .

وأما قولهم : إن إباحتها جمع عليها والجمع عليه قطعى ونحوهما يختلف فيه والمختلف فيه ظني والظني لا ينسخ القطعى .

فالجواب عنه أن الأجماع قائم على أصل إباحتها واستمرارها مختلف فيه
فالاستمرار ظني .

ونحن نقول : إن النسخ بالدليل الظني إنما هو لاستمرار الحل لا نفس الحل
فيكون من نسخ الظني بالظني . فإن قالوا إن المنسوخ هو الحل وهو مجمع عليه
قلنا لهم : إنه بعد رجوع المخالفين من الصحابة عن القول بإباحتها ثم الأهاع
على نسخها فتماريا .

وإذا رجعنا بهم إلى ما قبل الأهاع على إباحتها لنسألهم عن الدليل المبيع لها
أولا لأنهم لا يعترفون بالأجماع كدليل . فإن قالوا : إنها ثابتة بالقرآن . قلنا لهم
إن كان ثبوتها بقوله « فما استمتعتم به منهن » فهو لا يدل عليها إلا ظنا على
تفسيركم حيث إنها تحتمل معني آخر وهو الاستمتاع بالنكاح ، بل هو الراجح
وإذا كانت ظنية في دلالتها جاز نسخها بالسنة الناهية الظنية في ثبوتها .

وإن قالوا : هي ثابتة بقراءة ابن مسعود وابن عباس (إلى أجل مبمى)
قلنا إنها قراءة شاذة - إن صحت - لأنها من أخبار الأحاد ، والقراءة الشاذة
ليست قرآنا ولا سنة على رأى فليست حجة ، وعلى القول بأنها حجة (لأنها
تؤول إلى السنة المنقولة عن الرسول تفسيراً) فهي حجة ظنية فتصلح الأحاديث
لنسخها .

وأن قالوا : إنها ثابتة بالسنة ولم يشبث عندنا نسخها قلنا لهم : إن
الأحاديث الواردة بشأنها كما قدمنا ثلاثة أنواع . نوع اقتصر على الترخيص
ونوع اقتصر على النهى عنها ، ونوع ثالث جمع بين الترخيص والنهى فلم أدخلوا
بالنوع الأول فقط وتركوا بقية الأحاديث ؟

فان قالوا : إن هذه الروايات الناسخة مضطربة ، لأنها اختلفت في زمن نسخها
قلنا إن هذا ليس اضطرابا ينزل بالأحاديث إلى درجة عدم العمل بها ، لأن غاية

ما فيها أنها بينت أن النهي عنها تكرر أكثر من مرة ، وهذا ليس اضطراباً لأن ذلك يدل على أن رسول الله أباحها أكثر من مرة ، وفي كل مرة ينهى عنها بعد زوال الحاجة ، فكل واحد روى ما سمعه في الوقت الذي سمعه فيه .

وهذا شأن السنة في روايتها . على أنا نقول لهم إنه ثبت عن علي كرم الله وجهه أنه قال « لا أعلم أحدا تمتع وهو محصن إلا رجته بالحجارة » وأنه قال لابن عباس قبل رجوعه عنها « إنك تائه إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء .

« وأخيراً نقول إن الأحاديث المثبتة لها كلها متفقة على أنها رخصة أبيحت وقت الحاجة الملحة لها فهل وقفتم بها عند ذلك وقلمتم إنها مفروعة للضرورة فيقتصر عليها ؟

إن المقرر في المنع الجفري أنها مباحة في كل وقت ولكل شخص مقيماً كان أو مسافراً^(١) ولاحد للعدد المباح فيها ، بل جعلها طريقاً لحل الفروج مثل النكاح وملك اليمين .

ففي كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤١ روى عن الحسن بن زيد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « تحل الفروج بثلاثة وجوه نكاح موروث ، ونكاح بلا ميراث ، ونكاح بملك اليمين » .

ولو كانوا وقفوا بها عند رأى ابن عباس المروى عنه قبل رجوعه وهو أنها كالنية والدلم والتحزير لا تحل إلا للمضطر لكان لهم شبهة في القول بجلها .

وبظهر أن أئمة الشيعة الأوائل كانوا يقيدون حلها بوقت الحاجة . جاء كتاب

(١) ففي من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ سئل أبو عبد الله عليه السلام عن التمة أمي من الأربع قال ولا من السبعين . وفي رواية : هي صبيحت إيمانك .

وسائل الشيعة^(١) إن علي بن يقطين سأل الإمام الرضا حفيد الإمام جعفر الصادق عن المتعة فقال له : ما أنت وذلك قد أغناك الله عنها .

وسأله آخر فقال : هي حلال مباح مطلق لمن لم يفنه الله بالترويج فليست بالمتعة ، فإن استغنى عنها بالترويج فهي مباح له إذا غاب عنها ، أي عن زوجته .

وفي كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ : قال الرضا عليه السلام : المتعة لا تحل إلا لمن عرفها وهي حرام على من جهلها كما يظهر من بعض نصوصهم أنها حلال لهم فقط .

جاء في الكتاب السابق ص ٢٩٦ قبل لأبي عبد الله عليه السلام : لم جعل في الزنا أربعة من الشهود وفي القتل شاهدين ؟ قال : إن الله تبارك وتعالى أحل لكم المتعة وعلم أنها تنكر عليكم فجعل الأربعة الشهود احتياطاً لكم ولولا ذلك لأتى عليكم وقل ما يجمع أربعة على شهادة بأمر واحد .

وفي ص ٢٩٨ روي عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن الله تبارك وتعالى حرم على شيعتنا السكر مسن كل شراب وعوضهم عن ذلك المتعة .

وفي نهاية البحث نضع أمام القارئ صورة لزواج المتعة عند الجعفرية :

هو نوع من النكاح يسمونه النكاح المتقطع ويمثلون له أركاناً وشروطاً فقالوا : إن أركانه أربعة الصيغة والحل والأجل والمهر . وصيغته تكون بالفاظ ثلاثة : زوجتك وممتلكك وأنكحتك ولا ينقد بغيرها .

أما الحل فيشترط فيه أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية أو مجوسية على

(١) ج ٣ ص ٧٤ كما نقله الشيخ محمد جواد مغنية في الجزء الخامس من فقه الإمام جعفر الصادق .

أشهر الروايتين ، ولا يصح بالشركة وما في معناها ويكره بالزانية ، ويجرم أن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها إلا باذنها . ولا حصر في عددهن في المشهور وفي رواية يتقيد بالأربع .

وأما المهر فهو شرط في عقد المتعة خاصة يبطل بفواته العقد ، ويتقدر بالمراضاة قل أو أكثر ، ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه المهر ، ولو دخل استقر المهر بشرط الوفاء بالمدة .

وأما الأجل فهو شرط فيه ، فلو لم يذكر انعقد دائها على المشهور ، وفي رأي لا ينعقد لا هذا ولا ذاك ^(١) وتقديره إليها طال أو قصر .
ومن أحكام هذا العقد :

١ - إنه إذا ذكر الأجل والمهر صح العقد ، ولو أدخل بالمهر مع ذكر الأجل بطل العقد ، ولو أدخل بالأجل وحده بطل متعته وانعقد دائماً . ويصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل .

٢ - يثبت به النسب حتى ولو عزل عنها . ولو نفى الولد انتفى ظاهراً ولا يحتاج إلى اللعان كما في الزواج الدائم .

٣ - لا يقع به طلاق إجماعاً بل تبين منه بانقضاء المدة .

٤ - لا يثبت ميراث بين الزوجين شرطاً سقوطه أو أطلقاً ، ولو شرطاً التوارث أو شرطه أحدهما قيل يلزم ، وقيل لا يلزم والأول أصح .

٥ - لا نفقة للزوجة فيه إلا مع الشرط .

٦ - إذا انقضى أجلها بعد الدخول فعدتها حيضاً كعدة الأمة ، وإن كانت

(١) يقول الشيخ محمد جواد مقنية في كتاب فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٦١ : إن بعض الفقهاء - لم يسمهم - يقول : يقع لنراً دائماً ولا منقطعاً لأن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد .

لأنحيض فخمسة وأربعون يوماً ، وتمتد من الوفاة ولو لم يدخل بها بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً ، ويأبىء الأجلين إن كانت حائلاً على الأصح .

٧ - تثبت به حرمة المصاهرة فيحرم عليه أمها وبناتها الخ .

فأنت ترى من هذه الأحكام أنه يتفق في بعض أحكامه مع الزواج الدائم ويختلف عنه في بعض أحكامه .

وقد فصل الشيخ محمد جواد مغنية في كتابه فقه الإمام جعفر الصادق (١) أوجه الوفاق وأوجه الخلاف بينها وخلص من ذلك إلى أنه نكاح يأخذ أحكامه إلا ما استثناءه الدليل .

المبحث الرابع

في الزواج المقترن بشرط

المقترن بشرط : وهو ما صدرت فيه الصيغة مطلقة عن التعليق (٢) على

(٢) ج ٤ ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٣) الفرق بين الملقط بشرط والمقترن بشرط من وجوهين :

أولها : أن الملقط بشرط تكون فيه أداة من أدوات التعليق كان وإذا وما في معناها . وللمقترن بشرط ليس فيه ذلك .

وثانيها : أن الإيجاب في التعليق ربط تحققه بتحقيق الشرط فهو غير موجود وقت التلفظ به ، لأن من يقول : تزوجت إن قدم فلان من السفر لم يوجد منه إيجاب في الحال ، بل علق وجوده على قدمه للسفر ، وبعبارة أخرى أن الشرط جزء من الكلام الدال على الرضا بالقد . وأما المقترن بشرط فالإيجاب يتحقق وقت التلفظ به والشرط المقترن به ليس جزءاً منه بنسب ذكر ليفيد أمراً زائداً عما تقيده الصيغة . فإذا جاء القبول وجد إيجاباً يرتبط به بخلاف التعليق فإن القبول لا يجد إيجاباً يرتبط به .

الشرط أو الأضافة إلى المستقبل أو التقييد بوقت لكنها مقترنة بشرط . كأن يقول ولي المرأة للرجل :زوجتك ابنتي على ألا تنتقلها من هذا البلد أو ألا تزوج عليها أو تطلق امرأتك الأخرى فيقول : قبلت زواجها .

أو يقول الرجل للمرأة :زوجيني نفسك فتقول : قبلت بشرط أن تسكنني في بيت خاص أو بشرط أن تعجل لي المهر كله . وما شاكل ذلك من الشروط التي يرى أسد العقادين أن فيها مصلحة له .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشروط المقتترنة بالعقد تتنوع إلى نوعين : شروط صحيحة وأخرى غير صحيحة . واختلفوا بعد ذلك في حد الشرط الصحيح الذي يجب الوفاء به ما هو ؟ وفي ثبوت الخيار لشارطه في فسخ العقد إذا لم يرف به من التزمه ، وفي تأثير الشرط غير الصحيح في العقد بالفساد مع الاتفاق على إلغائه .

ولما كانت مذاهب الفقهاء متشعبة الآراء في هذه الأمور فسنكتفي ببيان مذهب الحنفية الذي يجري العمل به في جمهورية مصر العربية ، وفي لبنان بالنسبة للسلميين السنيين فيما لم ينص عليه قانون حقوق المائدة ، ثم مذهب الحنابلة باعتباره أوسع المذاهب الفقهية تيسيراً في مسألة الشروط وتعدد حوله كل مشروعات القوانين التي يراد وضعها في الأحوال الشخصية لأنه يحقق رغبات الناس في الاشتراطات العقدية ، ولأنه مصدر قانون حقوق المائدة في هذا الموضوع ، ثم مذهب الشيعة الجعفرية لجرى العمل به بالنسبة للجنفريين في لبنان .

مذهب الحنفية : الشرط الصحيح . هو الذي يقتضيه العقد (بأن يكون موجبه حكماً من أحكام العقد) ، أو يؤكد مقتضى العقد أو ورد به الشرع أو جرى به عرف .

كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يعطيها مهرأ أو يحسن

معاشرتها ، وكاشتراطه أن تدخل في طاعته فهذه كلها يقتضيها العقد وثابته ولو لم يشروطها أحدهما .

وكاشتراط ولي المرأة أن يكون والد الزوج كفيلا بالمهر والنفقة فإن المهر والنفقة من مقتضيات العقد واشتراط الكفالة بهما يؤكد حصولهما .

وكاشتراط الزوج أن يكون له حق الطلاق إذا تعثرت الحياة الزوجية أو اشتراطها أن يكون أمرها بيدها لتطلق نفسها متى شئت ، فإن هذا الشرط بما ورد به الشرع وأجازه وإن لم يكن من مقتضى العقد ولا مؤكداً لاختصاه .

وكاشتراط الزوج أن يدفع لها نصف المهر فقط قبل الدخول وكان عرف بلدهما جارياً بذلك .

وحكم هذا الشرط : أنه يجب الوفاء به ، فإن لم يوف به من التزمه لا يثبت الخيار لشارطه في فسخ العقد . لأن فوات هذا الشرط وإن كان مفوتاً لرضا شارطه بالعقد إلا أنه لا يؤثر في العقد لأن الرضا عندهم ليس شرطاً في صحة العقد لتصحیحهم زواج المكره وليس له رضا هكذا قالوا . ويرد عليهم أنه إذا لم يثبت للشارط خيار الفسخ عند فوات الشرط فما فائدة اشتراطه وتصحیحه .

والشرط غير الصحيح : ما ليس واحداً من تلك الأنواع وإن كان فيه مصلحة لأحد العاقدین كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو لا يخرجها من البلد الذي تزوجها فيه ، وكاشتراط الزوج ألا يدفع لها مهرأ أو أن تقوم بالأنفاق على البيت ، أو ألا يتوارثا إذا مات أحدهما وكانا مسلمين ، أو أن يتوارثا والزوجة غير مسلمة ، وحكم هذا الشرط أنه يلفو وحده ولا أثر له في العقد بل يبقى العقد معة صحيحاً ، لأن القاعدة المقررة عندم أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة .

وبهذا المذهب يجري العمل في جمهورية مصر العربية لعدم وجود قانون يخالف ذلك .

وأما المناهضة فيقولون : إن الشرط الصحيح هو ما كان فيه منفعة لأحد العاقدين ما لم يكن خلا بالمقصود الأصلي من العقد أو ورد من الشارع نهي عنه بخصوصه . سواء كان موافقاً لما يقتضيه العقد أو لا .

كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها ، واشتراطه ألا ينفق عليها أو أن تكون مثقفة أو بكرًا وما شاكل ذلك من الصفات التي يرغب في المرأة من أجلها ^(١) .

وحكم هذا الشرط أنه يجب الوفاء به ، فإن لم يوف به من التزمه ثبت الخيار لشارطه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط . فإذا لم يتحقق فأتى رضاه بالعقد ولا زواج مع عدم الرضا ابتداءً أو بقاء

والشرط غير الصحيح هو الذي ورد النهي عنه بخصوصه أو كان مناقضاً لمقتضى العقد أو خلا بالمقصود الأصلي منه كاشتراط المرأة أن يطلق ضرثها ، فإنه ورد النهي عنه في الحديث « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إناها » . واشتراط أن يتوارثا مع اختلاف الدين . لحديث « لا يتوارث أهل ملتين » .

وكاشتراط ألا ينجب أولاداً أو اشتراطها ألا يتمتع بها فإن هذا الشرط نخل بالمقصود الأصلي من العقد .

وحكم هذا الشرط ألا يتقيد العقد به فلا يلزم الوفاء به ويلغي في كل حال . ولا يتأثر به العقد إلا إذا كان الشرط يجعله في معنى الزواج المؤقت كاشتراط

(١) يقول ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٢٦٠ عند شرط البكارة : كلام أحمد يتمثل أمرين : أحدهما لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بسبب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بخالفة هذا الشرط ، والثاني : له الخيار ، لأنه شرط صفة مقصودة فبان خلانها لغيبث الخيار . ولهذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها ببيضاء فبانت سوداء أو شرطها طوية فبانت قصيرة أو حسناء فبانت شوهاء خرج من ذلك كله وجهات .

الطلاق في وقت معين أو كانت طبيعة العقد لا تقبله كاشتراط الخيار .

واللهب الجعفري كما يؤخذ من كتبهم ^(١) يقسم الشرط إلى شرط صحيح وشرط باطل .

فالباطل : هو المنافي لمتنضى العقد وطبيعته بالكلية . كاشتراط المرأة ألا يسها وتكوع كالأجنبية تماماً ، وكما إذا شرط تسليم المهر في أجل فان لم يسلمه كان العقد باطلاً .

أو ما يكون مخالفاً للشرع . كشرط ألا يتزوج عليها أو لا يطلقها أو لا يصل أرحامه وحكم هذا الشرط أنه يبطل وحده ويصح العقد ويلزم ، ولا يخرج عنه إلا اشتراط أحدهما فسخ الزواج والرجوع عنه مدة ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل . ففيه يفسد الشرط والعقد معاً على المشهور عندهم .

وما عدا ذلك فهو شرط صحيح كما يؤخذ من تمثيلهم . كأن يشترط أحدهما صفة مرغوباً فيها كالبركة ^(٢) في المرأة والتدين وحسن الخلق في الرجل .

واشتراطها : ألا يخرجها من بلدها أو يمكثها في مسكن معين وما شابه ذلك .

وحكم الشرط الصحيح أنه يجب الوفاء به ، فإن تحقق لزوم العقد ، وإن تخلف ثبت الخيار لمن اشترطه في فسخ العقد . وهذا المذهب كما ترى موافق

(١) راجع شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها ، والمختصر التلخيص ص ٢١١ وما بعدها وفقه الإمام جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) يمكن في كتبهم الخلاف في لزوم اشتراط البركة . ففي شرائع الإسلام . لا يلزم وليس له فسخ أن وجدما ثيباً ولكن له أن ينقص من مهرها ما بين مهر البكر والثيب ويرجع فيه إلى العرف . وفي فقه الإمام جعفر : يلزم للشرط ويثبت له الحق حق الفسخ وللهما رأيات عندهم .

لمذهب الحنابلة في جلته . حيث توسع في الشروط الصحيحة . وضيق دائرة الشروط الباطلة ، وجعل فوات الشرط الصحيح مثبتاً لخيار الفسخ ، وقضى بإلغاء الشرط الباطل وحده مع صحة العقد إلا في اشتراط خيار فسخ الزواج . وإن اختلف معه في صحة بعض الشروط أو بطلانها تبعاً لاختلاف النظر في تطبيق الأصل في الصحة والبطلان .

وأما قانون حقوق العائلة فتنص المادة ٣٨ على أنه « إذا تزوج رجل امرأة وشرطت عليه أن لا يتزوج عليها وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق فالعقد صحيح والشرط معتبر » .

فقد أخذ في هذا بمذهب الحنابلة ، ويبقى بعد ذلك هل المعتبر في غير هذا الشرط المتخصص عليه في المادة مذهب الحنفية كما هو الأصل في كل ما سكت عنه القانون أو مذهب الحنابلة ؟

الظاهر أن مسألة الشروط موكولة لمذهب الحنابلة باعتباره المذهب الميسر في هذا الباب ، ولثلا يضطرب التطبيق ، وعلى هذا يكون المعمول به في لبنان بالنسبة للمسلمين سنين وجعفرين يكاد يكون موحداً لتقارب مذهب الجعفرية من مذهب الحنابلة .

اشتراط الخمار في الزواج :

هذا والزواج لا يثبت فيه خيار للشرط بالاتفاق لم يخالف في ذلك - فيما نعم - أحد من الفقهاء .

لأن هذا العقد وضع لأفادة حل التمتع في الحال . وخيار الشرط ينافيه ، ولأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وفكر ومعرفة كل واحد من الزوجين صاحبه ، ولأن ثبوت الخيار يقضي إلى فسخه بعد العقد وفي هذا ضرر كبير للمرأة وبخاصة إذا كان بعد الدخول .

وبعد اتفاقهم على فساد هذا اختلفوا في أثره في العقد .
فالحنفية على أصلهم أن الشروط الفاسدة لا تؤثر في عقد الزواج ويقولون
بإلغاء الشرط وصحة العقد .

والحنابلة والمجعفة على المشهور عندهم يذهبون إلى أن العقد يفسد مع هذا
الشرط لأن الزواج لا يقبل الإقالة فلا يقبل الفسخ فيكون هذا الشرط
منافياً لطبيعته (١) .

وكذلك لا يثبت فيه خيار الرؤية فيما لو تزوجا ولم يكن أحدهما رأى الآخر
لأن الأصل في عقد الزواج أن يكون لازماً ، وثبت خيار الرؤية يجعله
غير لازم .

على أننا لسنا في حاجة إلى إثباته ما دام الشارع قد أباح النظر عند الرؤية
بل أمر به ورغب فيه . وكذلك لا يثبت فيه خيار الميب حتى ولو اشترط كل
منها أو أحدهما سلامة الآخر من العيوب . فيصح العقد ويلغى الشرط عند
الحنفية ، لكنهم جعلوا للزوجة الحق في رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد إذا
وجدت بزوجها بعض العيوب التي لا يتحقق معها أغراض الزواج كالجب والعمنة
ولم يجعلوا هذا الحق للزوج إذا وجد بها عيباً يمنع تحقق أغراض الزواج ، لأنه
يستطيع أن يتخلص منها بالطلاق .

وخالف الحنابلة في ذلك فأثبتوا لكل من الزوجين الخيار إذا وجد عيباً
بالآخر يمنع المحالطة الجنسية سواء كان الميب في محلها أو لا كالأمراض المنفرة
كالجذام والبرص والجنون وغيرها (٢) وسيأتي في بحث الطلاق بيان آراء الفقهاء
في ذلك تفصيلاً إن شاء الله .

(١) راجع الفتى لابن قدامة ج ٦ ص ٣٦ ، وفتاى الإمام جعفر للشيخ محمد جواد مغنية
ج ٤ ص ١٨٧ .

(٢) قالوا إن العيوب المبرزة لفسخ ثلثة ثلاثة يشارك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام
والبرص واثنان يختصان بالرجل هما الجب والعمنة وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفتنق والقرن
والعلل . الفتى لابن قدامة ج ٦ ص ٦١١ .

البَابُ الثَّالِثُ

فِي

المَحْرَمَاتِ مِنَ النِّسَاءِ

وَفِيهِ مَبَاحِثُ

تهيد

قدمنا أن محل عقد الزواج هو المرأة ، وأن من شروطه ألا تكون المرأة محرمة تحرماً قطعياً أو ظنياً فكان في هذا إشارة إلى أن من النساء محلات ومحرمات .

والأصل في النساء الحل لهذا العقد . بمعنى أن المرأة من حيث هي امرأة محل للزواج . غير أنها قد تحرم بالنسبة لشخص معين لوجود أمر يمنع زواجها منه بينما محل للغير . وهذا الأمر قد يكون لازماً لها لا يفارقها فتكون محرمة عليه تحرماً مؤبداً . كأمه مثلاً . فإن الأمومة وصف لازم إذا ثبت لا يزول ، وقد يكون غير لازم يزول في وقت من الأوقات لأنه وصف طارئ فتكون محرمة عليه تحرماً مؤقتاً كزوجة الغير ، فإن زوجيتها تنتهي في وقت ما فتحل له . والمحرمات على وجه العموم محصورات في عدد معين وما عداهن محلات .

ولذلك عد القرآن المحرمات لفلتها وأتبع ذلك بقوله : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

الفصل الأول

في المحرمات على التأييد وأسباب تحريمهن

وفيه مباحث

المحرم على التأييد واحد من أسباب ثلاثة :

١ - النسب : ويراد به هنا القرابة القريبة ويعبر عن صاحبها بذئ الرحم
المحرم أي صاحب قرابة يحرم الزواج به .

٢ - المصاهرة : وهي العلاقة التي تترتب على عقد الزواج وما ألحق به .

٣ - الرضاع .

المبحث الأول

في المحرمات بالنسب

يحرم بهذا السبب أصنافاً أربعة :

الأول : أصول الرجل من النساء ، ويبدأ هذا الصنف من الأم ويستمر صاعداً
في الجذات سواء كن من جهة الأم أم من جهة الأب مهما علت
درجتهم .

الثاني : فروع . أي ما تفرع عن كبناته وبناته وبناته أبناءها منها
نزلت درجاتهن .

الثالث : فروع أبويه من النساء كأخواته وبناتهن وبنات إخوته منها نزلت
درجاتهن يستوى في ذلك الأخوة والأخوات من جهتين أو من
جهة واحدة .

الرابع : فروع الأجداد والجندات المتفصلات بدرجة واحدة . أي الفروع
المباشرة فقط ومن المات والخلالات سواء سكن عبات وخلالات
للشخص نفسه أم كن عبات وخلالات لأبيه أو أمه أم لأحد أجداده
وجداته أما الدرجة الثانية من هذا الصنف وما بعدها فمن حلال له ،
كبنات الأعمام والمات وبنات الأخوال والخلالات .

والدليل على تحريم هذه الأصناف قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم
وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت »
النساء : ٢٣ .

فهذه الآية دلت على تحريم تلك الأصناف كلها . وهذا ما فهمه أصحاب
رسول الله وهم العرب المارفون بدلالة الألفاظ العربية على معانيها وأساليبها
المتنوعة لذلك لم يؤثر أن أحداً منهم سأل رسول الله عن بيان شيء غامض في
هذا الجزء من الآية .

وإذا استعرضنا هذه الآية وجدناها عبرت عن الصنف الأول بكلمة
« أمهاتكم » والأم في لغة العرب كما تطلق على من ولدت الشخص مباشرة تطلق
على الجدة أيضاً باعتبارها أصلاً له ، لأن الأم عندهم هي الأصل (١) . فمعنى هذه

(١) وهذا تعبير شائع عندهم جاء به القرآن والسنة . يقول جل شأنه وهو الذي أول عليك
الكتاب منه آيات محكمات من أم الكتاب وآخر متشابهات الآية فقد جعلت المحكمات أساساً
للكتاب أي أصلاً يرجع إليه في تأويل المتشابهات وبيان المراد منها متى أمكن . ويقول رسول
الله في شأن الحجر . الحجر أم الحياث أي أصلها .

الجمعة حرمت عليكم أصولكم من النساء .

وقد انمقد الأجاع بعد رسول الله على أن هذا هو المراد منها فحرمت الأمهات والجدات ولم يعد في هذا مجال للاجتهاد . على أن التحريم يقوم على قرب القرابة . وقد صرحت الآية بتحريم الممات والحالات وهن في القرابة أبعد من الجدات ، فبدل هذا الجزء من الآية على تحريم الجدات بدلالة النص لأنهن أولى بالتحريم من الممات والحالات للمعنى الذي من أجله كان التحريم .

ودل على تحريم الصنف الثاني قوله «وبناتكم» والبنات في لغة العرب هن فروع الرجل من النساء ، والمعنى وفروعكم ، ولهذا انمقد الأجاع على أن المراد بالبنات الفروع فيتناول بنات الأبناء وبنات البنات مما زلن ، على أن الآية صرحت بتحريم بنات الأخ وبنات الأخت وهن أبعد من بنات الابن وبنات البنات ، فعدل الآية على تحريمهن بطريق دلالة النص .

وحرم الصنف الثالث بمجموع قوله « وأخواتكم » وقوله « وبنات الأخ وبنات الأخت » وهو واضح .

وأما الصنف الرابع فدل على تحريمه قوله « وعماتكم وخالاتكم » وكل من يفصل عن الجد بدرجة يطلق عليه عمة أو خالة مما علا الجد .

وقد اقتضت الآية عليهن ولم تعرض لبناتهن فبقين على الحل لدخولهن تحت قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

على أنه قد ورد التصريح بحلهن في قوله تعالى « يا أيها النبي إذا أحللتنا لبعك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت بينك بما آفاه الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك » الأحزاب/ ٥٠ .

والأصل أن ما أحل لرسول الله يكون حلالاً لأمة إلا ما قام الدليل على اختصاصه به ولم يوجد هنا دليل يدل على هذا الاختصاص .

تنبيه :

اختلف الفقهاء في المحلقة من ماء الزنا هل تحرم على أبيها أولا ؟

فذهب الشافعي إلى أنها لا تحرم عليه ، فيجوز له زواجها لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعاً ، ولا يحري التوازي بينهما ، ولا تلزمه نفقتها فلا تحرم عليه كسائر الأجانب

وذهب جماهير الفقهاء ومنهم الحنفية والحنابلة والمطرية والمالكية في الأصح عندهم إلى أنها تحرم عليه ، فلا يجوز له التزوج بها . لأنها أنثى مخلوقة من مائه حقيقة فتكون جزءاً منه كبنته من النكاح فيشملها النص بعمومه ، ولذلك تسمى بنته لغة وعرفاً ، والأحكام تتبع الأسماء ، وتختلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً لأنها لا ورثه إذا كانت رقيقة مملوكة للغير أو اختلف دينها عن دين أبيها بالإلحاق ، وإذا قام الدليل على خروج بعض الأحكام يبقى ما عداه ، فلا خلل في إضافتها إليه ^(١) . وهذا هو الرأي الراسخ في نظرنا وبخاصة أن الحرمة مما يحتاط في إثباتها إذا دارت بين الأدبات والتنفي .

والحكمة في تحريم هؤلاء تتجلى في الأمور الآتية :

أولاً - أن عقد الزواج مشروع لإنشاء وصلة بين الرجل والمرأة لتنشأ عنها ألفة ومودة ، والوصلة موجودة في القرابة المحرمة على أكل ما تكون الوصلة فلا حاجة إلى إنشاء وصلة جديدة من نوع آخر .

(١) الشرح الكبير مع حاشية للمصنف ج ٢ ص ٢٥٠ وهبارق : من زنى بإمرأ فعلت منه بنت فأنها محرم عليه وعلى أصوله وفروعه وإن حملت بذكر حرم على صاحب الماء تزوج بنته كما يحرم على الذكر تزوج فروع أبيه من الزنا وفروعه . وللنجاح بحواشي ج ٣ ص ٢٤١ ، والمفتى ج ٦ ص ٧٨ وفقه الإمام جعفر الصادق ج ٤ ص ٢٠٢ والبدائع ج ٦ ص ٢٥٧ .

ثانياً - أن الاختلاف بين الوصلتين يحمل من التعمد اجتماعها ، فوصلة القرابة المحرمة أساسها الاحترام والمحبة البريئة ، وهذا يقتضي الوقار والاحتشام . فوق أنها تنشأ دائماً لا تنقطع ، لأن الشارع حض على المحافظة عليها وحذر من قطعها بأي سبب كان .

ووصلة الزواج أساسها المتعة واللذة ، ومع هذين لا وقار ولا احتشام . وهي وإن كانت تنشأ أول الأمر للدوام والاستقرار إلا أنها عرضة في أي وقت للقطع والأنهاء بالطريق المشروع إذا ما استحك النزاع وباءت الحياة الزوجية بالفشل .

مع أن القرابة توجب التراحم من الجانبين لا في مقابلة بدل ، أما العلاقة الزوجية فتقوم على تبادل الحقوق والواجبات بين طرفيها ولتضرب المال دخل في هذه المبادلة .

وفي بعض الصور تتناقض الحقوق تماماً فيما لو تزوج الأب ابنه فأنها بحكم أمومتها لها السلطان على ابنها : وهذا يوجب عليه الطاعة بأكمل معانيها ، وبحكم أنها زوجة يجب عليها الطاعة والخضوع لزوجها . وبهذا تنقلب الأوضاع فيصير من له الطاعة عليه الطاعة .

ثالثاً - أن أباحة الزواج من هؤلاء تقتضي الحكم عليهم بالتباعد وتحريم الاختلاط بينهم لئلا يكون الاختلاط وسيلة إلى أن يتولد في نفوسهم طمع بعضهم في بعض فتكون المفاصد التي لا حد لها ، وفي تحريم اللقاء والاختلاط بينهم من الحرج ما لا يخفى . وأي حرج في منع لقاء الرجل بابنته أو الاختلاط بأمه وأخته أو عمته أو خالته ؟ فلم يكن ثمة طريق لرفع هذا الحرج ودفع تلك المفاصد غير تأييد التحريم لتقطع الأطماع وتقر الرغبات ويلتقى الجميع ويحتلطون في أمان .

رابعاً - إن أباحة الزواج من هؤلاء تثير التنازع بين الأخوة والأقارب بسبب

التنافس على الزواج بهن •

وأي نزاع أقبح من أن يتنازع أخوان على التزوج بأختها ، أو يتنازع أب يريد التزوج بابنته مع ابنه الذي يرغب في التزوج بها •

وبعد هذا كله فإن الفطرة السليمة تأبى أن يفرش الأب ابنته أو الابن أمة أو الأخ أخته .

وكيف يستسيخ ذلك الإنسان العاقل مع أن بعض الحيوانات لا تطلب أليفها إلا من غير بيتها ؟؟

المبحث الثاني

في المحرمات بالمصاهرة

يحرم بهذا السبب أصناف أربعة :

الأول - أصول الزوجة من النساء كأما وجداتها من جهة الأم أو الأب في أي درجة سواء دخل بالزوجة أولا .

الثاني - فروع الزوجة التي دخل بها من النساء كبناتها وبنات أبنائهن وبنات بناتها مما نزلت مرتبتين فإن لم يدخل بها لا تحرم فروعها •

الثالث - زوجات أصوله ، كزوجة أبيه وزوجات أجداده من جهة الأب أو الأم مما علت مرتبتين وجد دخول بهن أولا •

الرابع - زوجات فروع كزوجة ابنه وزوجات أبناء ابنه وأبناء بنته وجد دخول بهذه للزوجات أولا إذا كانت للفروع تفرعن عن صلبه ، أما البتة بالتبني فلا أثر لها في التحريم . لأن الإسلام أبطل التبني الذي كان في الجاهلية وألغى أحكامه •

وتحريم هذه الأصناف ثابت بالقرآن .

أما الأولى فيقوله تعالى : « وأمهات نسائكم » فإنه معطوف على قوله سبحانه « حرمت عليكم أمهاتكم » فيكون معناه : وحرمت عليكم أمهات نسائكم ، وكلمة الأمهات هنا تتناول الأم المباشرة والجدات كما سبق بيانه ، والآية لم تقيد التحريم بالدخول فيبقى على إطلاقه ، وعليه محرم أم الزوجة وجداتها بمجرد العقد عليها .

أما الثاني فيقوله جل شأنه : « وربائبكم اللاتي في حجوركم »^(١) من نسائكم اللاتي دخلتم بين فإن لم تكونوا دخلتم بين فلا جناح عليكم » فإنه معطوف كذلك على أول الآية وهو صريح في تحريم بنات الزوجة ، لأن الرائب جمع ربيبة وهي بنت امرأة الرجل من غيره ، وصحبت بذلك لأن الرجل يقوم بتربيتها ورعاية شؤونها عادة ، ومن هنا وصفت بكونها في الحجور تبعاً للغالب . فالوصف لا مفهوم له فلا يدل على حلها إذا لم تكن في الحجور . والآية نفسها أشارت إلى عدم اعتباره قيداً في التحريم لأنها تقول بعد ذلك : « فإن لم تكونوا دخلتم بين فلا جناح عليكم » فاقترنت في بيان الحكم المقابل للأول على حالة تخلف الدخول ، ولم تتعرض لكون الرائب في غير الحجور ، ولو كان شرطاً لما اكتفى بنفي الدخول بل لقال ولم يكن في حجوركم^(٢) والآية بمبارتها تحرم بنات الزوجة ، أما بنات أولادها فثبت تحريمهن بالأجماع . والسري في التفرقة بين النوعين حيث جعل تحريم الأم وما فوقها بمجرد العقد ، وتحريم البنت وما تحتها بالدخول بأصلها . حتى قرر الفقهاء قاعدة تقول : «العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات » .

إن الأم بطبيعتها السلمية تزور بنتها بالزواج على نفسها فما دام الزوج لم يدخل

(١) الحجر الحضي وهو مكان ما يحجروه ويحوطه الإنسان في صدره بين عضديه وساعديه .

(٢) وراجع تبين المصنف للزيلي ج ٢ ص ١٠٢ .

بها تطيب نفسها أن تتخلى عنه لأبنتها ، لأنها ترى في سعادة ابنتها سعادة لها ، بل إنها تستعذب الشقاء من أجل أن تسعد بناتها ، وأما بعد الدخول فيبعد ذلك لأنها بعد أن استوفت حظوظ الزواج لا تطيب نفسها بالتخلي عن زوجها لأبنتها على أنه بعد الدخول بها تصبح بنتها كبنت الزوج ضرورة المخالطة بينها .

بخلاف البنت فإنه ليس من طبعها أن تؤثر أمها على نفسها ، فإذا عقد عليها ثم طلقها وتزوج أمها سقطت على أمها التي سعدت بهذا الزوج الذي كان سبباً في شقاها .

على أن من طبع البنت عدم الرضا بزواج أمها بغير أبيها .

وأما الثالث : فثبت تحريره بقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً » النساء / ٢٣ ، فهذه الآية تحرم زوجات الآباء بعبارتها الصريحة وزوجات الأجداد باعتبار أن اسم الأب يطلق لغة على الأصل المذكور سواء كان مباشراً أو غير مباشر فيكون معناه « ولا تنكحوا ما نكح أصولكم من النساء » وقد انمقد الأجماع على تحريم زوجات الأجداد .

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالنكاح في هذه الآية . فيرى البعض أنه العقد وهم الشافعية ومن وافقهم ، ومنهم من يرى أن المراد به المخالطة الجنسية سواء كانت حلالاً أو حراماً وهم الحنفية ومن وافقهم حتى قالوا : إذا زنى الأب أو ابنته بامرأة حرمت على فروعه . والمسألة خلافية ميان في تفصيلها .

وأما الرابع : فتحريمه ثابت بقوله جل شأنه في سياق عداد المحرمات : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » والحلائل جمع حليلة وهي الزوجة ويثبت ذلك بمجرد العقد حتى ولو لم يعقبه دخول . ولفظ الأبناء شامل لكل من تفرع عنه من الذكور فتحرم زوجات الفروع مطلقاً .

ولا يقال: إن التقييد بكونهم من الأصلا بيقصر التحريم على زوجات أبنائه فقط دون زوجات أبناء أبنائه وأبنائه بناته . لأن لفظ الأبناء في لغة العرب يشمل هؤلاء . إذ يراد به كل من يتصل به بصلة الولاد ، والتقييد لأخراج حلائل الأبناء بالتبني ، وقد كانت عادة التبني فاشية في العرب عند نزول القرآن فأبطل الله هذه العادة وبين أنها لا تثبت نسباً ولا غيره بقوله تعالى: «دوما جعل أديعاءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . أدعوهم لأبائهم هو أفسط عند الله فان لم تعلموا آبائكم فأخوانكم في الدين ومواليكم » الأحزاب . ٥٤ /

ويرى بعض الفقهاء أن قيد الأصلا ب في الآية قصد به إخراج الأبناء من الرضاع فلا تحرم زوجاتهم لأن الأبن من الرضاع ليس من الصلب لا بالذات ولا بالواسطة^(١) وإن كان جمهور الفقهاء يذهبون إلى أن زوجة الأبن من الرضاع محرمة كزوجة الأبن من النسب وسياقي ، لذلك مزيد بحث عند الكلام على المحرمات بسبب الرضاع . وللاحظ هنا أن مجرد العقد الصحيح محرم لهذه الأصناف ما عدا فروع الزوجة فإن شرط التحريم فيه الدخول بها كما بينا . أما العقد الفاسد فلا تثبت به حرمة المصاهرة إلا إذا أعقبه دخول كما سيأتي قريباً .

وينبغي على هذا أنه لو عقد زواجه على امرأة وقبل أن يدخل بها طلقها حرم عليه زواج واحدة من أصولها ، كما تحرم هي على أصوله وفروعه لكنه لا يحرم عليه أن يتزوج بنت من فروعها ، ولو مات عنها قبل أن يدخل بها حرمت على أصوله وفروعه ، وتبين لنا أن حرمة المصاهرة تثبت بأحد أمرين . العقد أو الدخول .

أما العقد فلا بد أن يكون صحيحاً سواء كان من الصغير أو الكبير .

(١) راجع زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ١٤ فانه رجح هذا الرأي بمدة أدلة .

أما الدخول فإن كان بعد عقد صحيح فلا كلام فيه . وقد عرفنا أنه شرط في ترواح المرأة بالنسبة لفروعها كما ورد النص بذلك ، ويشترط فيه أن يكون ممن يتصور منه ذلك كالبالغ فإن كان من غيره لا يحرم .

ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد به هل هو المخالطة الجنسية كما يرى بعض الفقهاء . لأنه حقيقة فيها فلا يعدل عنها إلا بدليل ، أو المراد به ما يشمل الخدمات من اللبس بشهوة والتقبيل والنظر إلى العضو الخصوص كذلك كما يرى البعض الآخر إقامة لما يدعو إلى الشيء مقامه ، بل إن المالكية ذهبوا إلى أن الخلوة تقوم مقامه ^(١) ، والجعفرية لهم رأيان رأي بشبوت التحريم باللبس والنظر ، ورأي بأنه لا يثبت بها تحريم بل الكراهية فقط .

هل يشترط في الدخول الموجب حرمة المصاهرة أن يكون حللاً ؟

اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط أن يكون حللاً من كل وجه ، بل يكفي أن يكون فيه شبهة الحل . لذلك اتفقوا على أن الدخول بشبهة يحرم المصاهرة . كما إذا عقد على امرأة عقد زواج فاسد كالزواج بشير شهود ، أو عقد على امرأة لم يرها فزفت إليه امرأة وقيل له : هذه زوجتك ثم تبين أنها ليست هي أو قصد امرأته فكانت غيرها ^(٢) وإنما ثبت بذلك حرمة المصاهرة لأنه وطئه يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطئه المباح ولا يصير الرجل به محرماً

(١) حاشية الدرقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥١ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩ فقدحرح بأن مبنى الخلاف هو هل المنهزم من اشتراط الدخول في الآية « اللاتي دخلتم بهن هو الوطء أو التلذذ بما دونه من اللبس وغيره .

(٢) المالكية يقولون : أن العقد المختلف في فساديه يفيد حرمة المصاهرة أما المجمع على فساديه فلا يحرم إلا بالدخول . وفسروا الوطء بشبهة الذي يفيد حرمة المصاهرة بأنه الوطء غلطاً فيمن تحل في المستقبل كوطئه أخت زوجته أما إذا كانت لا تحل له في المستقبل كبنات زوجته فلا يجب حرمة المصاهرة لأنه ليس وطئاً بشبهة . حاشية الدرقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥١

لمن حرمت عليه من أصول المرأة وفروعها فلا يباح له به النظر إليهن ولا الاختلاط بهن ، لأن الوطء ليس بمباح بأطلاق .

حق إنه لا يباح له النظر إلى المرأة التي كانت سبياً ولا غالطتها فلا يباح له النظر إلى غيرها بطريق الأولى . وكذلك من جانب المرأة لا يباح لها النظر إلى أصول الرجل وفروعه ولا غالطتهم .

ولأن المحرمية نعمة لا تنال إلا بطريق مباح من كل وجه لأنها إباحة^(١) .

وبهذا يفترق عن الوطء الحلال فإنه يفيد الأمرين . حرمة المصاهرة وثبوت المحرمية .

أما الوطء المحرام من كل وجه وهو الزنى فهو موضع اختلاف الفقهاء . فذهب جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين إلى أنه يحرم وهو مذهب الحنفية والصحيح عند المناطقة ورأى للجعفرية^(٢) فمن زنى بإمرأة حرم عليه أصولها وفروعها وحرم عليها أصوله وفروعه . بل إن الجعفرية ينهبون إلى أن الزنى بها تعمر على الزاني تحريماً مؤكداً إذا كانت وقت الزنى متزوجة أو معتدة من طلاق رجعي .

وفهب آخرون إلى أنه لا يثبت حرمة المصاهرة وهو مذهب الشافعي

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٦٠ (الفتاوى ج ٦ ص ٥٧٧ . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٧ . شرح للنهаж بحاشية القليوبي ج ٣ ص ٢١٣ .

(٢) قال صاحب الجواهر ح ٥ : وفقاً للأكثر بل هو للشهور ، وقال صاحب المختصر : اختلفوا فيه والأشبه أنه لا يحرم رسواً صح هذا أو ذلك . فالقول بأنه محرم مفيد بما إذا كان الزنى قبل العقد . أما إذا طرأ الزنى على العقد بأن زنى الرجل بأمر زوجته أو ببنتها فلا تحريم به لزوجه . لقاعدة لا يحرم المحرام الحلال . واجمع المختصر التناقض ونفقه الأسماء جعفر لمجد جواد مفتية ح ٥ ص ٢٠١ .

والمعتمد في مذهب المالكية^(١) فيجوز له أن يتزوج بأي امرأة ممن أصول
الزنى بها وفروعها . كما أن لها التزوج بأي فرد من أصوله وفروعه .

وأساس الخلاف في هذه المسألة هل سبب التحريم هو مجرد الوطء أو
الوطء بقيد الحمل ؟

فالفريق الأول يرى أنه الوطء المجرد ولا أثر لكونه حراماً أو حلالاً بدليل
أن الزوج لو دخل بزوجه في وقت منع فيه ممن قربانها كما إذا كان صائماً
أو كانت حائضاً أو نفساء كان هذا الدخول مثبتاً لحُرمة المصاهرة لمن شرط في
حرمتهما الدخول وإن كان حراماً . فإذا فارق زوجته حرم عليه التزوج
براحدة من فروعها بالاتفاق فلم يذلك أن المحرم هو الوطء مجرداً عن كونه
حلالاً أو حراماً . فإذا قلنا إن الزنى يوجب حرمة المصاهرة لم ترتب الحكم
عليه باعتباره زنى محرماً بل باعتباره مجرد وطء :

وفي قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إنه كان فاحشة
ومقتاً وساء سبيلاً » دلالة على ذلك لأنه وصفه بكونه فاحشة ومقتاً وهذا
التفليظ إنما يكون في الوطء لا نفس العقد .

ولأن الوطء المحلل إنما كان محرماً للبنت باعتبار أنه يصير جامعاً بين
المرأة وبنتها في الوطء من حيث المعنى، لأن وطء الثانية منها يذكره وطء
الأولى فيصبر كأنه فاض وطره منها جيباً وهذا المعنى موجود في الوطء
الحرام فيأخذ حكم الأول .

ولقد روي عن رسول الله أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج

(١) لأنه الروي عن مالك في الموطأ .

امرأة وابنتها ، وفي رواية « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » وهذا المعنى كما يوجد في الحلال يوجد في الحرام .

والفرق الثاني يرى أن المحرم هو الوطء الحلال ، أما الحرام فلا أثر له في ذلك .

واستندوا في ذلك إلى حديث يروى في هذا الموضوع . وهو أن رسول الله مثل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوج بنتها فقال : « لا يحرم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان من نكاح » .

ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراثاً فلا يحرم كوطء الصغيرة .

وورد على هذه الأدلة : أن الحديث ضعيف ضعفه غير واحد من المحدثين بل قيل : إنه ليس من كلام الرسول ، مرة نسب لابن عباس وهو ممن المانعين لثبوت الحرمة بالزنى ، وأخرى كما يقول الإمام أحمد : إنه من كلام بعض قضاة العراق ، ومع هذا التضعيف والاختلاف في النسبة لا يصلح للاحتجاج به .

أما القياس فيرد عليه أنه الوطء بشبهه محرم للمصاهرة بالاتفاق ولا تصير به الموطوءة فراثاً فلا يصلح دليلاً ، ويقال لهم في دليلهم الثالث وهو أن حرمة المصاهرة نعمة لأنها تلحق الأجانب بالأقارب فلا تنال بالمحظور :

إن تحريم الزواج هنا بالزنى ليس فيه إلا مجرد منع زواج كل من الزاني والزانية بأقارب الآخر دون أن يحل لواحد منها النظر والاختلاط فليس فيه إلحاق الأجانب بالأقارب حتى يكون نعمة يقال عنها إنها لا تنال بالمحظور .

على أنهم اتفقوا مع غيرهم على ثبوت الحرمة بالوطء بشبهة وليس مباحاً لكنه لوجود الشبهة يسقط عنه الحد .

أما أدلة القريق الأول فإنها لم تسلم الأخرى من المناقشة لأنها تؤول إلى جعل الدخول الحرام كاللدخول الحلال .

وقد قال الشافعي في مناظرته مع محمد بن الحسن: إن الزواج أمر حدث عليه والزنا فعل رجعت عليه فكيف يشتبهان ؟

ونحن نرى أن مذهب الحنفية فيه غلو من جهة أنهم توسعوا في أسباب التحريم حيث جعلوا مجرد المس بشهوة والتقييل موجبا للتحريم . ولكنه من ناحية أخرى يمد منافذ الفساد في المجتمع وبخاصة بعدما أصبح الاختلاط بالأجنبيات أمرا عاديا في المرف الفاسد ، وأن الرجل قد يدخل على المرأة ويختل بها خالوة محرمة تحت ستار التزوج بإبنتها ، فلو علم هؤلاء أن مخالطة المرأة في حرام يحرم عليه ابنتها إلى الأبد أو أن قربان أم امرأته يحرم عليه زوجته إذا كان متزوجا بإبنتها لكفوا عن مهازلم .

حكمه التحريم لتلك الأنواع الأربعة بسبب المصاهرة . هي أن المصاهرة رابطة كرابطة النسب ، فإن المرأة إذا تزوجت من رجل أصبحت فردا من الأسرة . أبوه كإبيها ، وابن كإبنها ، ومثلها في ذلك الرجل فبزواجه تصبح أم زوجها كأمه وبنتها كبنته ، وهذا ما ينادى به عرف الناس وواقع حياتهم .

وإذا وجدت هذه الرابطة كان الاختلاط بين هؤلاء ضروريا فالأبن يخالط زوجة أبيه ، والأب يخالط زوجة ابنه ، والأم لا تستغني عن مخالطة زوج بنتها ، وكذلك البنت مع زوج أمها .

فلو أبيح لهؤلاء الزواج لتولد في نفوسهم للطمع في العلاقات غير المشروعة نتيجة حتمية للمخالطة الضرورية ولم يكن ثمة علاج لقطع تلك الأطماع غير التحريم المؤبد .

على أن تحريم هؤلاء مانع من وقوع النزاع بين الأقارب ، فلو أبيح للرجل

أن يتزوج مطلقة ابنه ولأبن مطلقه أبيه ، وللرجل أم مطلقته أو بنتها وقد يكون لمطلقها رغبة في إعادتها لو أبيع ذلك لشحنت النفوس بالبغضاء وتقطعت الصلات وحلت العداوة محل المحبة ، والإسلام حريص على الأبقاء على علاقة القرب بقربه سليمة من كل ما يمسك صفوها .

هذا في الزواج الذي ينشئه علاقة كعلاقة النسب .

أما النخول بشبهة وما ألحق به من الدخول الحرام (الزنى) فهو وإن لم ينشئه علاقة قرابة ولا يبيح النظر والاختلاط فالتحريم به يقضي على الشك الذي يماور النفوس ، فإن المرأة إذا تزوجت بمن خالط بنتها أو أمها مخالطة غير مشروعة قبل أن يتزوجها تعيش قلقة من احتمال عودته إلى فعلته وبخاصة إذا ما أصبحت قريبة منه يخالطها ويختلي بها بعد الزواج .

والرجل الذي يتزوج امرأة بمدأن خالطها أبوه أو ابنه مخالطة غير مشروعة يعيش في شك مستمر لأن هذا الزواج يقرب تلك المرأة من زنى بها .

وهل مع هذا الشك أو ذاك الفلق تستقر حياة زوجية ويتحقق بها السكن والمودة ؟

وهل لهذا من علاج غير التحريم المؤبد للزواج هؤلاء ؟

المبحث الثالث

في المحرمات بالرضاع

يحرم بالرضاع أصنافاً ثمانية : الأربعة المحرمة بسبب النسب ولا خلاف فيها بين الفقهاء ، والأربعة المحرمة بسبب المصاهرة ، وقد خالف فيها بعض الفقهاء وسنين وجهة نظرم عند الاستدلال . وإليك تفصيل هذه الأصناف :

الأول - أصول الشخص من الرضاع : وهن أمه وأم أمه وأم أبيه من الرضاع
مهما علت درجتين ، فإذا رضع طفل من امرأة حرم عليه الزواج بمن
أرضعته لأنها صارت أمه له ، وكذلك بأم أمه وأب أمه وأب أبيه
رضاعاً وهو زوج المرضعة مهما علت درجتها لأنهن صرن جدات له كما
يحرم عليه ذلك من النسب .

الثاني - فروعه من الرضاع : وهن بنته وبنت بنته وبنت ابنه من الرضاع
وان تزلن . فإذا رضعت طفلة من امرأة صارت ابنة لزوج المرضعة
الذي كان سبباً في إدرار لبنها فيحرم على ذلك الرجل التزوج بهذه
البنت وفروعها ، ولو كان الرضيع طفلاً صار ابنه له فيحرم عليه التزوج
ببناته وبنات أولاده مهما تزلن كما يحرم ذلك من النسب .

الثالث - فروع أبويه أي أخوته وبناتهن وأخوته من الرضاع مهما تزلن
درجتين يستوي في ذلك من رضع معه أو قبله أو بعده لأنه يرضاعه
صار أخاً للجميع .

الرابع - فروع جديده من الرضاع في الدرجة الأولى فقط وهن عماته وخالاته
من الرضاع ، لأنه يرضاعه صارت أخوات المرضعة خالات له وأخوات
زوجها عمات له فيحرم عليه التزوج بإحدى منهن كما يحرم ذلك من
النسب ، وأما بناتهن فهن حلال له كما في بنات الخالات والعمات
النسب .

الخامس - أصول زوجته من الرضاع وهن : أمها وجداتها من جهة الأب والأم
فيحرم عليه التزوج بإحدى منهن بمجرد العقد عليها سواء دخل بها أو لم
يدخل كما يحرم ذلك من النسب .

السادس - فروع زوجته : وهن بناتها وبنات أولادها من الرضاع وإن نزلت
درجتهن . فإذا تزوج رجل امرأة كانت متزوجة قبله بآخر وأرضعت
طفلة فإن هذه الطفلة بنتها من الرضاع وتصير بالنسبة له بنت زوجته
فتحرم عليه إذا دخل بأمها كما يحرم عليه التزوج بأحدى فروعها من
الأنات مثل ما يحرم عليه بناتها من النسب .

السابع - زوجات أصله من الرضاع أي زوجات أبيه وجده وإن علا سواء دخل
بها الأب أو الجد أو لا ، فلو رضع طفل من امرأة متزوجة صار زوجها
أبا له من الرضاع وأبو الزوج جداً له كذلك فإن كان للزوج زوجة
أخرى غير من أرضعته حرم على الرضيع التزوج بها لأنها زوجة أبيه
من الرضاع ، كما يحرم عليه التزوج بامرأة أبيه من النسب .

ثامناً - زوجات فروعها أي زوجة ابنه وابن بنته من الرضاع وإن نزل سواء
دخل الفرع بزوجه أو لا .

والدليل على تحريم هذه الأصناف بالرضاع قوله تعالى في آية المحرمات :
« وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » . واقتصار القرآن على
الأم إشارة إلى تحريم كل من اتصل بعمود النسب من الأصول والفروع ،
واقتصاره على الأخوات إشارة إلى تحريم جوانب النسب وحواشيه .

لأنه لما سمي المرضعة أما وبناتها أخوات دل ذلك على أن الرضاع يصل
الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله ، وأنه يتكون بالرضاع جزئية يصير بها
الرضيع جزءاً بمن أرضعته كأولادها الذين ولدتهم وهم أجزاء منها ومن زوجها
وأكد ذلك بأخوة أولادها له فيكون ذلك الرضيع ابناً لها بمنزلة الابن من
النسب ، فيأخذ حكمه في كل ما يتعلق بالتحريم بالنسبة للأصناف المحرمة بالنسب
من البنات والعمات والحالات وبنات الأخ وبنات الأخت . .

« وقد فصل رسول الله ﷺ ما أجله القرآن ووضح ما أشار إليه في جملة أحاديث منها الحديث المتفق عليه المروي عن ابن عباس أن النبي ﷺ أريد على ابنة حمزة فقال : «إنها لا تحل لي إنها ابنة أخي من الرضاعة» ويحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم » ، وفي رواية من النسب (١) .

وفي رواية عائشة رضي الله عنها قالت : إن النبي ﷺ قال :

« يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، ومنها أن النبي ﷺ قال في ذرة بنت أبي سلمة : «إنها لو لم تكن ربييتي في حجري ما حلت لي إنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأبأها ثوبة» (٢) . ومنها الحديث المروي عن عائشة رضي الله عنها : أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو معها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب قالت : فأبيت أن آذن له ، فلما جاء رسول الله أخبرته بالنبي صنعت فأمرني أن آذن له » (٣) .

وفي بعض روايات هذا الحديث إنها قالت له حين جاء يستأذن عليها : «إنما أرضعتني امرأة أخيك فلا آذن لك حتى استأذن رسول الله ، فلما ذكرت ذلك للرسول قال لها «إيندي له فإنه عمك» .

ولما اعتبر الشارع المرضعة أما للرضيع كأمه من النسب ، واعتبر الرضيع ابناً للرضعة كابنها من النسب كانت أم زوجة الرجل رضاعاً مثل أمها من النسب وبنتها من الرضاع كبنتها من النسب ، ولما اعتبر زوج المرضعة أباً للرضيع

(١) متفق الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ قالوا : إن الذي أراد من النبي هو على كرم الله وجهه . وقد كان صلى الله عليه وسلم رضع من ثوبة مولاة أبي لبابا قبل أن تنجب . حليمة السعدية ، وقد كانت ثوبة أرضعت قبله عمه حمزة بن عبد المطلب كما يقول ابن سعد في الطبقات الكبرى .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧١ .

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ .

والرضيع ابناً له كانت زوجة الأب الرضاعي كزوجة الأب النسبي، وزوجة الابن الرضاعي كزوجة الابن النسبي .

ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يحرم بالرضاع كل ما يحرم بالمصاهرة كما يحرم كل ما يحرم بالنسب .

هذا وقد قرر بعض الفقهاء: أن قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ليست على إطلاقها، بل هناك بعض صور مستثناة حيث ثبتت فيها التحريم بالنسب ولا يثبت فيها التحريم بالرضاع لوجود الطلاقة المحرمة في النسب وعدم وجودها في الرضاع . منها أولاً : أم الأخ أو الأخت من الرضاع لا تحرم . كما إذا رضع طفلان من امرأة فصارا أخوين بالرضاع . ثم رضع أحدهما من مرضعة أخرى فهذه المرضعة تكون بالنسبة للذي لم يرضع منها أم أخيه من الرضاع فتحل له، وكذا لو كان لأخيه من الرضاع أم من النسب فإنها تحل له أيضاً لعدم وجود المحرم لأنها أجنبية في الحالتين .

ولو كان الطفلان أخوين من النسب ورضع أحدهما من أجنبية وصارت أمّاً له من الرضاع جاز لأخيه أن يتزوجها لأنها أم أخيه رضاعاً، بينما لا يجوز له أن يتزوج أم أخيه نسباً لأنها إما أمه إن كانا شقيقين أو امرأة أبيه إن لم يكن شقيقاً وكلتاها محرمه عليه الأولى بالنسب والثانية بالمصاهرة . ومثل أم الأخ في ذلك أم الأخت .

ثانياً - أخت ابنه أو بنته من الرضاع . كما إذا رضع طفل من امرأة صار ابناً لزوجها من الرضاع، فإذا كان لهذا الطفل أخت من النسب لم ترضع من تلك المرأة فإنه يحل لذلك الزوج أن يتزوج هذه البنت وهي أخت ابنه من الرضاع لعدم المحرم بينها، ومثله إذا كان للرجل ابن من النسب رضع من امرأة أجنبية ولها بنت نسبية أو رضاعية فذلك الرجل أن يتزوج بهذه البنت وهي أخت

ابنه من الرضاع لانعدام العلاقة المحرمة بينها . بينما لا يجوز له أن يتزوج أخت
ابنه عن النسب لأنها إما بنته أو بنت امرأته التي دخل بها وكلتاها محرمة عليه
الأولى بالنسب والثانية بالمصاهرة ، وأخت البنت كأخت الابن في كل ذلك .

ومن وقائع الرضاع التي تحدث كثيراً أن يرضع الطفل من جدته لأمه
فتصير أمه أختاً له من الرضاع فلا تحرم على زوجها لأنها صارت برضاع طفلها
من أمها أختاً له من الرضاع فقط وأخت الابن من الرضاع لا يحرم التزوج بها
ابتداء فلا يؤثر الرضاع الطاريء على تلك الزوجية بقاء من باب أولى .

ولكن الجعفرية يحرمون هذه الزوجة على زوجها بهذا الرضاع مطلقاً سواء
كان زوج المرضعة التي هي أم الزوجة أباً للزوجة أو أجنبياً عنها^(١) .

وهذا الرأي كما ترى فيه حرج كبير . حيث إنه يترتب عليه بطلان الزواج
في كثير من الصور حيث إن أم المرأة تقوم بأرضاع أطفال ابنتها إذا كان لها
لبن لأنها أقرب الناس إليها . وربما يخفف هذا الضرر تشدهم في مقدار الرضاع
المحرم حيث قدروه بخمس عشرة رضعة متوالية لم يفصل بينها فاصل كما سيأتي
بيانه قريباً .

ثالثاً - أم ولد ولده رضاعاً كما إذا أرضعت أجنبية ابن الابن أو ابن البنت
فإنها تصير أم هذا الابن رضاعاً فيحل لجد الولد أن يتزوجها مع أنه لا يجوز له
أن يتزوج أم ابن ابنه أو أم ابن بنته نسباً ، لأن الأولى زوجة ابنه والثانية بنته
والأولى محرمة بالمصاهرة والثانية بالنسب . وكذلك لو أرضعت زوجة الابن
طفلاً أجنبياً فإنه يكون ابن ابن رضاعاً فإذا كانت له أم نسيبة أو رضاعية
أخرى لا تحرم على الجد الذي هو أبو زوج تلك المرضعة .

(١) راجع فقه الإمام جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنّية ج ٥ ص ٢٣١ وما بعدها .

رابعا - أم العمة أو العم أو الخال أو الخالة من الرضاع لعدم العلاقة المحرمة
بيننا تحرم إذا كانت من النسب لأنها إما جدة لأب أو أم أو امرأة الجد .

وما ينبغي التنبيه عليه هنا أن تلك الاستثناءات صرح بها بعض الفقهاء بناء
على أنهم أخذوا قاعدة : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » على إطلاقها
أما إذا لاحظنا أنها مقيدة بما إذا وجدت بالرضاع صلة ورابطة كرابطة النسب
كأصلية وفرعية أبوين أو فرعية جددين ، فإذا لم توجد الرضاعة هذه الرابطة فلا
يتعلق بها تعريم^(١) .

ومن تأمل الصور السابقة وجد أن الرضاعة لم توجد علاقة بين الشخصين
الذي يحل أحدهما للآخر . بل إن بعض صور النسب لا يوجد فيها تعريم لعدم
وجود العلاقة المحرمة مثل الأخوين لأب إذا كان لأحدهما أخت لأمه فهي أخت
أخيه من النسب ومع ذلك لا تحرم عليه لعدم الرابطة بينها لأنها بالنسبة إليه
أجنبية ، وغاية ما فيها أنها بنت زوجة أبيه وهي حلال له .

(خلافاً لفرق من الفقهاء في تحريم بعض الأصناف السابقة) .

قدمنا أنه لا خلاف في التحريم بالرضاع لما يحرم بالنسب ، وأما التحريم به
لما يحرم بالمصاهرة فقد كان موضع اختلاف الفقهاء وقد عرفت رأي جمهور
الفقهاء فيه فيما سبق .

وخالف في ذلك الظاهرية والجمهورية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم فذهبوا إلى
أنه لا يحرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب مؤيدين دعواهم بأن القرآن ذكر في آية
الحرمات ثلاثة أنواع وهي المحرمات بالنسب والمحرمات بالمصاهرة والمحرمات
بالرضاع ، واقتصر في النوع الأخير على الأمهات والأخوات وهو إشارة إلى إلحاق

(١) راجع منهاج الطالبين وشرحه ج ٣ ص ٢٤٢ .

الرضاع بالنسب حيث جعل المرضع أما وبناتها أختاً ، وجاءت العنة الميئة للكتاب مصرحة بهذا الألفاق « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » ولم تعرض لإلحاقه بالمصاهرة حتى يحرم بالمصاهرة .

والمكوت في موضع البيان بيان . وحيث لم يوجد دليل على تحريم تلك الأصناف بقيت على الحل الثابت بقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ولا يصح قياس المصاهرة من طريق الرضاعة على المصاهرة من طريق النسب لأن المعنى الذي من أجله ثبتت المعرمة في الثاني وهو الاختلاط الناشئ عن اندماج الأسرتين غير موجود في الأول .

وقد قال ابن القيم : إن هذه مسألة اجتهدية اختلف فيها الفقهاء المتقدمون وكان من القائلين بعدم حرمة هذه المصاهرة عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وغيرهما من الصعابة والتابعين ورجح هذا القول (١) .

ما عليه العمل من هذين الرأيين :

أما في جمهورية مصر العربية فالعمل بمذهب الحنفية الذي هو مذهب الجمهور وإن كانت لجنة الأحوال الشخصية التي كلفت بوضع مشروع قانون عام للأحوال الشخصية اختارت الرأي الثاني القائل : بأنه لا يحرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب حيث جاء في المادة الثانية عشرة من هذا المشروع ما يلي :

أ - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا تثبت الحرمة بالرضاعة إلا من من المرضع .

(١) من أراد المزيد من ذلك فليرجع إلى زاد المعاد لابن القيم ج ٤ . وراجع المختصر النافع ص ١٩٩ وللفني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧١ فإنه يقول : ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واقتصر على ذلك .

ب - لا تثبت حرمان المصاهرة من طريق الرضاع .

أما في لبنان فإن العمل يجري فيها بقانون حقوق المائلة وهو يأخذ بالرأي الثاني الذي يقصر التحريم بالرضاع على المحرمات بالنسب فقط ، فقد نصت مادته السابعة عشرة على المحرمات بالنسب وهن أربعة أصناف .

وتحمي المادة الثامنة عشرة تقول : « تزوج النساء بالرجل الذي بينه وبينهن قرابة بالرضاع ممنوع أبداً كالنساء ذوات الرحم المحرم المذكورات في المادة السابقة .

وفي المادة التاسعة عشرة يعد المحرمات بسبب المصاهرة وهن أربعة أصناف : وهذا الصنيع صريح في قصر التحريم بالرضاع على ما كان بالنسب فقط ، لأنه متى العلاقة التي بين الرجل والمرأة الحاصلة بالرضاع قرابة وجعل حكم النساء المحرمات بالرضاعة كالنساء ذوات الرحم المحرم المذكورات في المادة قبلها . ثم عد المحرمات بالمصاهرة أربعة أصناف فقط في المادة اللاحقة ولم يعرض فيها للتحريم بالرضاع .

الرضاع المحرم :

إذا عرفت الأصناف المحرمة بالرضاع المحرم وفقاً وخلافاً فلا بد لك من معرفة حد الرضاع المحرم حيث لا يثبت التحريم بكل ما يسمى رضاعاً . وهذا يدعونا إلى بيان الأمور الآتية :

معنى الرضاع في عرف الفقهاء . شروط التحريم به . حكم اللبن المخلوط بغيره . هل يتعدى التحريم به إلى الرجل الذي كان سبباً في نزوله ؟ ما يثبت به الرضاع . معنى الرضاع : هو في اللغة : مص اللبن من الثدي سواء كان ثدي آدمية أو غيرها وسواء كان الماص صغيراً أم كبيراً .

وفي اصطلاح الفقهاء : مص الطفل الرضيع اللبن من ثدى المرأة في
مدة معينة .

وقد ألحق جمهور الفقهاء بالمص إدخال اللبن إلى جوف الطفل بأي وسيلة .
كإعطائه له بواسطة إناث أو أنبوية من طريق الفم أو فتحة طبيعية . لأنه بذلك
يصل إلى حوفة ويتحقق به التنفيذ ، والتحریم منوط بأنبات اللحم وانتشار
العظم بهذا اللبن لا بصورة مص الطفل الثدي ، واقتصارهم في التعرف على مص
الثدى لأنه الغالب فيه كما جرت به العادة . لذلك قرروا أن إدخال اللبن جسم
الطفل من طريق غير طبيعي كالحفنة أو بواسطة جرح أو حقنة من الشرج
لا يتعلق به التحريم ، لأنه لا يصل إلى المدة التي تقوم بعملية تحويل الغذاء
وتوزيعه على الجسم .

لكن فقهاء الجعفرية قصرُوا الرضاع المحرم على مص الثدي ، ثم قالوا فلو
أوجر اللبن في فم الطفل أو سعط به في أنفه لا يتعلق به تحريم ، لأن النص جاء
بالرضاع « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم » والمتبادر منه هذا المعنى . وقد علمت
أن علة التحريم هي إنبات اللحم وانتشار العظم لا مجرد المص .

فإذا تحقق الرضاع صارت المرضعة أما للرضيع وبناتها أخوات له ، لأن
الطفل يتغذى باللبن في مدة الرضاعة بل هو غذاؤه الأساسي فيكون اللبن من
مكونات جسمه وهو جزء من المرأة خرج من صافي دمها فيصبح الطفل كجزء
منها فيكون ابناً لها وتصير بناتها أخوات له وأما جدته وأخواتها خالاته .
كذلك يصير زوجها أباه وأخواته عماته عند جماهير الفقهاء .

وعلى ذلك لا يكون رضاع الكبير ناشراً للحرمة إلا على رأي شاذ لبعض
الفقهاء . وكذلك رضاع الصغير يمد مدة الرضاع المقررة شرعاً لعدم تأثير اللبن
في بناء جسمه .

شروط الرضاع المحرم :

يشترط في الرضاع المحرم شروطاً بعضها متفق عليه بين الفقهاء وبعضها الآخر مختلف فيه . فيشترط في المرضعة أن تكون أدمية بالاتفاق فلا يحرم الرضاع من غير آدمية لأنه لا يحقق الملاقة المحرمة ، فلو اجتمع طفلان على ثدي غير آدمية أو ضرباً لبنها لا يتحقق به أمومة فلا يثبت ما يتفرع عنها من الأخوة وغيرها ثم إن الحنفية لا يشترطون فيها أكثر من ذلك فيستوى عندهم التي در لبنها بسبب الولادة من زواج أو غيره^(١) .

فإذا ولدت امرأة من الزنى وأرضعت طفلاً ثبت به التحريم بالنسبة للمرأة والرجل الذي زنى بها فتصير أمّاً للرضيع والرجل أباه رضاعاً . لأثر شرط اللبن المحرم في جانب الرجل عندهم أن يكون نازلاً بسبب الحمل والولادة منه .

ووافقه المالكية في القول المعتمد في مذهبه ، لأن الشرط عندهم أن يكون اللبن نازلاً بعد أن يخالط الرجل المرأة مخالطة تامة سواء ثبت نسب الولد منه أو لا .

والشافعية^(٢) والحنابلة ينهبون إلى أن الرضاع من اللبن النازل بسبب الزنى يحرم في جانب المرضعة فقط ولا حكم له بالنسبة إلى الرجل لأن شرط التحريم في جانبه أن يكون الولد الذي نزل بسببه اللبن ثابت النسب منه وفي الزنا لا نسب فلا تحريم ، وعلى ذلك يشترط للتحريم بالرضاع بالنسبة للرجل أن تكون المرضعة ولدت منه بنكاح صحيح أو بمخالطة بشبهة .

(١) ثم زادوا على ذلك فقالوا : إنه لو در للمرأة لبس من غير ولادة ووضعه طفل تعلق به التحريم ثيباً كانت أو بكرأ ، بل أنهم لم يشترطوا حياة المرضعة عند الرضاعة قالوا : لو ماتت امرأة وكان بها لبن ويبرأها طفل التتم ثديها عقب موتها تعلق به التحريم .

(٢) راجع شرح النجاشية للعليني ج ٣ ص ٢٤١ .

أما الجعفرية فيشترطون في المرضعة أن يكون لبنها در عن ولادة من نكاح صحيح أو مخالطة بشبهة على الصحيح عندهم . لأن الحرمة ثابتة لثبوت النسب فما لم يكن هناك نسب لا تعزيم مطلقاً .

فلو زل لبنها من زنا أو زل بدون سبب لا ينشر الحرمة مطلقاً لا في جانب المرأة ولا في جانب الرجل ^(١) .

ويشترط في لبن الرضاع : أن يتحقق من وصوله إلى معدة الرضيع باتفاق الفقهاء . فإن لم يتحقق ذلك بأن التقم الطفل ثدي المرأة ولم يعلم أَرْضَع أم لا لا يثبت التحريم ، لأن الحل هو الأصل ولا يمدل عن هذا الأصل إلا بيقين ، ولا يقين مع الشك والأحكام لا تثبت مع الشك .

وهل يشترط فيه أن يكون خالصاً غير مخلوط بغيره ؟

الجعفرية يشترطون ذلك لاعتبارهم في الرضاع خصوص مص اللبن من الثدي فلا يكون اللبن المخلوط بغيره اعتباراً لأنه لا يخلط إلا بعد حلبة من الثدي .

وفقهاء أهل السنة وبخاصة الحنفية لا يشترطون ذلك بل لهم في خلط لبن المرأة بغيره التفصيل الآتي :

أ - إذا خلط بمائل آخر كالماء والدواء ولبن الحيوان فالحكم للغالب ، فإن غلب اللبن ثبت التحريم ، وإن غلب المائل فلا تحريم ، لأن القليل يستهلك في الكثير ، وإن تساوى ثبت التحريم احتياطاً . وتعتبر الغلبة بالأجزاء إذا خلط لبن المرأة بلبن الحيوان أو بالماء ، ويتغير اللون والطعم إذا خلط بالدواء ونحوه .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ فقه الإمام جعفر الصادق - ص ٥٠ ص ٢٢٠ مسائل الخلاف

ب - إذا خلط لبن امرأة أخرى فالراجح في المذهب الحنفي أنه يثبت به التحريم من المرأتين جميعاً دون نظر إلى كثرة أحدهما وقلة الآخر أو تساويهما لأن اللبنيين من جنس واحد . وعند اتحاد الجنس لا يتلاشى أحدهما في الآخر لاتحاد المقصود منها وهو إنبات اللعوم وإنشاز العظم . وهذا رأي زفر ومحمد بن الحسن . وذهب أبو يوسف إلى أن العبارة للغالب فإن تساوى ثبت التحريم منها جميعاً .

ج - إذا خلط لبن المرأة بغير سائل كالطعام فإنه لا يتعلق به تحريم مطلقاً عند أبي حنيفة سواء طبخ على النار أو لا ، لأن خلط اللبن بالطعام استهلاك له فيه فإن الطعام أقوى في التنقية من اللبن فيكون هو الغذاء . وعند أبي يوسف ومحمد العبارة بالغالب إذا لم يطبخ ، فإذا طبخ لا يحرم ، ومثل ذلك إذا خرج اللبن عن سيرته بأي صنعة لأن اسم الرضاع لا يتناول في هذه الحالة .

وهل يشترط فيه مقدار معين ؟

اختلف الفقهاء في ذلك . فمنهم من لم يشترط قدراً معيناً بل يستوى فيه القليل والكثير ، ومنهم من يشترط للتحريم قدراً معيناً وهؤلاء يختلفون في تحديد هذا القدر .

ومنشأ هذا الاختلاف أن القرآن جاء في الرضاع مطلقاً غير مقيد بغير حصول الرضاع ، وورد في السنة أحاديث بعضها مطلق كالقرآن وبعضها قيد بعدد . ولو صحت هذه الأحاديث المقيدة لاتفق الجميع على مدلولها . ولكن أنظارهم اختلفت في صحتها .

ومن هنا جاء الاختلاف ، وإليك آراء الفقهاء في ذلك .

الرأي الأول : إن قليل الرضاع وكثيره محرم وإليه ذهب الحنفية والمالكية

وأحمد في رواية . وحجتهم في ذلك قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم في الرضاعة » وقول رسول الله ﷺ « يحرم بالرضاعة ما يحرم بالنسب » فقد ورد الرضاع فيها مطلقاً والأصل في المطلق أن يحمل على إطلاقه حتى يثبت ما يقيد به ولم يثبت عندهم هذا التقييد .

ويؤيد ذلك أن رسول الله ﷺ في بعض الوقائع أصدر حكمه في الرضاع دون أن يستفسر عن عدد الرضعات ، ولو كان للرضاع المحرم عدد معين لسأل الرسول عنه قبل أن يأمر الزوج بمتاركة زوجته .

فقد روى البخاري وغيره أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعتها ، فجاء إلى الرسول يخبره بذلك فأعرض عنه أول الأمر ، ولما كرر السؤال قال له الرسول : « كيف وقد قيل دعها عنك » . أمره بالمسارعة ولم يستفسر منه عن عدد الرضعات ، وتركه الاستفسار دليل على أنه ليس فيه عدد مقدر بل يكفي فيه أصل الأوضاع .

نعم إن الحكمة في التحريم بالرضاع هي أن الرضيع يتغذى بلبن المرضعة فيصير بعضه جزءاً منها . وهذه الجزئية لا يعلم بيقين أي مقدار يحققها ، ومثله لا يعلم إلا من صاحب الشرع ولم يرد دليل صحيح يعين مقداراً معيناً ، وما استدلل به المقدمون لا يرقى إلى درجة الاستدلال به فضلاً عن أنه يقيد مطلق القرآن كما سنبينه قريباً فيبقى المطلق على إطلاقه .

الرأي الثاني - إن التحريم لا يثبت إلا بغض رضعات مشبعات في أوقات متفرقة ، فإن كان أقل من ذلك فلا تحريم . وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة في الرأي الراجح من مذهبهم . وإن لم يتوفر في الرضعة الشبع لا تحسب ، و« وحده الرضعة المشبعة عندهم » أن يأخذ الصبي الثدي ويمتص منه ثم يتركه بإختياره من

غير عارض كنفس أو شيء يلبيه عن الرضاع، فإذا فعل ذلك ثم عاد إلى الرضاع فإنه لا يخرجها عن كونها رضعة واحدة .

واستدلوا على ذلك بما رواه مسلم وأبو داود والنسائي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت : « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ثم نسحن بخمس معلومات . فتوفي رسول الله وهن فيما يقرأ من القرآن وفي رواية قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس رضعات إلى خمس رضعات معلومات فتوفي رسول الله والأمر على ذلك ^(١) .

ثم قالوا : إن علة التحريم بالرضاع هي أنه ينبت لحم الصغير وينشز عظمه .

يشير لذلك قول رسول الله « لا يعرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم » ^(٢) ولا يكون ذلك إلا برضاع يوم كامل على الأقل وهو لا يقل عن خمس رضعات .

الرأي الثالث : وهو يتفق مع السابق في أن المحرم عدد معين من الرضاع ولكنه يختلف عنه في تقدير العدد حيث قدره بخمس عشرة رضعة . وإلى هذا ذهب الجعفرية .

ففي كتبهم . المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم أو رضاع يوم ولية ولا حكم لما دون المشر روايتان أشهرهما ، ولو رضع خمس عشرة رضعة ينشر . ويعتبر في الرضعة قيود ثلاثة . كمال الرضعة ، وامتصاصها من الثدي ، وألا يفصل

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٣ .

(٢) وفي رواية « وأنشز العظم » بالراء وموداهما واحد ، لأن أنشز بالراء بسطة ومدة وأنشز بالزاي رفصة .

بين الرضعات برضاع غير المرضعة^(١) .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأن الأصل عدم التحريم ، والرضاع المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم كما صرح بذلك الحديث المروى عن رسول الله وهو « الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم » وقوله « الرضاعة من الجاعة » وبإجماع فرقتهم إلا من شذ ، وبما روى أن الإمام جعفر سئل عما يحرم من الرضاع ؟ فقال : ما أنبت اللحم وشد العظم ، قال السائل : فيحرم عشر رضعات ؟ فقال الإمام : لا لأنه لا ينبت اللحم وشد العظم عشر رضعات^(٢) .

ثم قالوا : إن ما ذهب إليه غيرنا لا دليل عليه ، وردوا الحديث المروى عن عائشة بأن قولها « ثم نسخن بغمس معلومات » ذلك من قولها ولم تبين النسخ وقول الراوى : إنه نسخ هكذا لكذا لا يقبل إلا إذا بين الدليل النسخ لينظر فيه هل هو نسخ أولا ، وهل يصلح ناسخا أو لا^(٣) .

تلك آراء الفقهاء وأدلتهم . والنظر فيها يجسد أن ما استدل به المحدثون لرضعات معينة لا يصلح للاستدلال به على ذلك التقيد حتى يقيد مطلق القرآن .

أما ما استدل به الشافعية ومن معهم وهو الحديث المنسوب لعائشة فقد رده المحدثون بأنه لم يثبت عنها ، بل قال فيه الطحاوى من الحنفية : انه حديث منكور .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٢٥ .

(٣) الأحكام الجعفرية ص ٩٧ .

وقال فيه ابن العربي : « إنه أضعف الأدلة لأنها قالت : كان فيما نزل من التفسير ، ولم يثبت أصله فكيف يثبت فرع » . يريد أنه لم يثبت أنه من القرآن فكيف يثبت به الحكم المأخوذ منه . على أنه روى برويات مضطربة ولو أخذ به على ظاهره لفتح باب الطعن في القرآن لأن عبارة فتوفي رسول الله ومن فيما يقرأ من القرآن . يوهم أن القرآن سقط منه شيء ، فأولى لهم أن يبحثوا عن دليل آخر ، وليس معهم إلا قول الرسول « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشأ العظم » وليس فيه تحديد لعدد الرضعات بخمس ولا بنيتها .

على أن هذا الحديث قاله الرسول : بيانا لكون الرضاع لا يحرم إلا إذا حصل في مدة الرضاع . وهي المدة التي يعتمد فيه الصبي في غذائه على اللبن ويصدق عليه أنه ينبت اللحم وينشأ العظم ، أما رضاع الكبير فلا يفعل به ذلك ويؤيد ذلك حديث « إنما الرضاعة من الجماعة » وقصة هذا الحديث رواها البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة قالت : « دخل على رسول الله ﷺ وعندي رجل ، فقال من هذا ؟ قلت أخي من الرضاعة ، قال يا عائشة أنظرن من أخوانكن فإنما الرضاعة من الجماعة » ^(١) فهو يفيد أن الرضاعة التي تثبت بها الحرمة هي التي يكون الرضيع فيها طفلا يسد اللبن جوعته .

وبهذا لا يفيد الجعفرية الاستدلال بهذين الحديثين على التقدير الذي قالوه . أما ما استدلوا به من إجماع فرقته فلا يلزمنا لأن إجماعهم ليس حجة على غيرهم . وأن كان الأجماع ليس حجة عندهم كما هو مقرر في أصول الفقه .

بقي بعد ذلك استدلالهم بما روي عن الإمام جعفر وهو لا يخرج عن كونه

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٦٨ .

رأيا له فهم فيه أن العشر رضعات لاتثبت لحما ولا تشرع عظمًا . والتقدير
لاتعلم إلا من الشارع .

وإذا كان الجمعية يمتدرون أقوال أئمتهم حجة . فأين في قول الصادق
التحديد بخمس عشرة رضة ؟

وهنا يترجع لنا الرأي الأول وهو قول القائلين بأن الرضاع محرم قليلا
كان أو كثيرا لعدم وجود الدليل الصحيح المقيد لأطلاق القرآن . وهو مذهب
الكثير من الصحابة والتابعين . وهذا لا يتعارض مع كون علة التحريم بالارضاع
أنه ينبت اللحم وينشر العظم التي اتفق عليها الفقهاء ، لأن مسألة إنبات اللحم
وإنشاز العظم التي تجعل الرضيع كجزء من المرضعة أمر خفي ويختلف باختلاف
الرضعات . فرب رضة تفعل ما لا يفعله العدد من الرضعات . فهو لا يتوقف
على عدد معين .

من أجل هذا أنط الشارع الحكم بالارضاع الدال على ذلك المعنى . وهذا ظاهر
يعل الحكم بوجوده ، ولو أناطه بحقيقة الأنبات لشق على المكلفين معرفة الرضاع
المحرم من غيره .

ولو صح عن رسول الله بيان لعدد معين لأخذنا به لأنه وحى من
العلم الخبير .

مدة الرضاع :

وبعد ذلك يشترط في نفس الرضاع أن يكون في مدة معينة وهي الأراض
قبل القطام باتفاق جمهور الفقهاء . وبعد اتفاقهم على ذلك اختلفوا في مقدارها
على أقوال . عددها الشوكاني في نيل الأوطار (١) تسعة ، وسنكتفي منها هنا

(١) الثاني : الحولان وما قاربها . الثالث : حولان واثناعشر يوما ، الرابع : ثلاثون =

بذكر قول واحد تؤيده الأدلة من القرآن والسنة . وهو أن مدة الرضاع سنتان من وقت ولادة الطفل ، فأي رضاع يحصل فيها يثبت به التحريم ، ولو قطع الطفل قبل تمامها ثم عاد إلى الرضاع قبل أن تنتهي ، أما ما يقع بعدها فلا يتعلق به التحريم .

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أبو يوسف ومحمد من الحنفية والأئمة الثلاثة^(١) والشافعية وغيرهم .

والدليل على ذلك من القرآن الكريم قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » / البقرة / ٢٣٣ فهذه الآية تبين في صراحة أن مدة الرضاع التامة حولان كاملان ولا زيادة بعد التام . وقوله تعالى : « وفصاله في عامين » / لقمان / ١٤ وهذا صريح في أن الفصال وهو الفطام في مدة العامين لا بعدهما .

ومن السنة ما روي إن رسول الله ﷺ قال : « لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الحولين » ، وقوله : « لا رضاع إلا ما كان في الحولين » ، وقوله : « إنما الرضاعة من المجاعة » فهذه الأحاديث تقيد في مجموعها أن الرضاع المحرم هو الذي يدفع الجوع ويكتفي به صاحبه ويكون غذاء له وهذا لا يكون إلا للطفل أثناء الحولين .

وعما يتصل بالتحريم بالرضاع مسألة اشتهرت في كتب الفقهاء بمسألة لبن

== شراً ، الخامس : ثلاث سنين ، السادس : سبع سنين ، السابع : ما كان قبل الفطام ، الثامن : ما كان في حال الصغر دون تحديد مدة ، التاسع : الرضاع يمتد فيه الصغر إلا فيما دعت إليه الحاجة كرضاع الكبير الذي لا يستثنى عن دخوله على المرأة ويشق احتجابها منه وإليه ذهب ابن تيمية .

(١) الإمام مالك في المشهور عنه مع الجمهور ، وفي قول له يستحسن التحريم في الزيادة البسيطة على العامين وهي في قول مقدرة بشهر وفي قول بثلاثة أشهر . بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦ .

الفعل . وهي أن المرأة التي أرضعت طفلاً بلبنها الذي نزل بسبب ولادتها من رجل . فهل تمتد الحرمة إلى ذلك الرجل فيصبح أباً للرضيع كما صارت الرضعة أما له ؟

مسألة اختلف الفقهاء فيها قديماً من عهد الصحابة واستمر فيها بعده من عصور .

فذهب بعض الفقهاء من التابعين ومن بعدهم إلى أنه لا يثبت به التحريم فلا يصبح الرجل أباً للرضيع . فلو أن امرأة ولدت من زوجها وأرضعت طفلة فإنها لا تحرم على زوج المرضعة فيجوز له أن يتزوجها . كما أنها لو أرضعت طفلاً لا يحرم على هذا الطفل بنات الرجل من غير المرضعة . ولو كان للرجل زوجتان فأرضعت إحداها طفلاً وأرضعت الأخرى طفلة جاز تزويج أحدهما من الآخر حيث لا أخوة بينهما .

ووجهوا رأيهم : بأن المعنى الذي من أجله جعل الرضاع محرماً في جانب المرأة ليس موجوداً بجانب الرجل . ذلك أن منشأ التحريم بالرضاع هو أن الرضيع أخذ جزءاً من المرضعة وهو لبنها ومنه ثبت له ونشر عظمه فكان جزءاً منها . وبواسطة هذه الجزئية ثبتت الحرمة بين الرضيع والمرضعة وهذه الجزئية غير موجودة بين الرضيع وزوج المرضعة فانعدمت الصلة بينها فلا تمتد الحرمة إلى الرجل .

ونذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب الأربعة والأوزاعي والشافعية وغيرهم إلى أنه يثبت بالرضاع التحريم بالنسبة للرجل الذي تسبب في نزول اللبن ، فلو أن الزوجة أرضعت طفلة أجنبية باللبن الذي تسبب زوجها في نزوله حرمت هذه البنات على زوجها وعلى آباءه وأبنائه ، لأنها بنته من الرضاع فتصير كالبنات النسبية .

وكذلك لو أرضعت طفلاً فإنه يحرم عليه التزوج بنات هذا الرجل مطلقاً

سواء كان من هذه الزوجة أو من غيرها . لأن لبن المرأة مشترك بينها وبين من كان سبباً فيه وهو الرجل ولولاه لما كان لبن فينسب الطفل إليها معاً . والدليل على ذلك من السنة ما رواه الجماعة عن عائشة رضي الله عنها: أن أفلح أخا أبي القميس جاء يستأذن عليها وهو معها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب ، قالت فأبيت أن آذن له ، فلما جاء رسول الله أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له ^(١) .

ولقد سئل ابن عباس عن رجل له جارتان أرضت إحداها جارية والأخرى غلاماً فهل يتزوجان فقال لا : اللقاح واحد ، وكما يثبت بالرضاع الأبوة والأمومة للرضيع يثبت به الأخوة بين الرضيع وأولاد المرضعة وأولاد زوجها .

والأخوان من الرضاع قد يكونان شقيقين وقد يكونان لأم وقد يكونان لأب .

فإذا أرضعت امرأة طفلين بلبن سببه الولادة من رجل واحد كان الرضيعان شقيقين . وإذا أرضعت أحدهما بعد ولادتها من زوج ثم أرضعت الآخر بعد ولادتها من زوج آخر كان الرضيعان أخوين لأم ، وإذا كان لرجل زوجتان فأرضعت إحداها طفلاً وأرضعت الثانية طفلاً آخر كان الطفلان أخوين لأب . ثم إن أخوة الشخصين بسبب الرضاعة من امرأة تثبت برضاها منها في أي وقت سواء رضعا معاً في وقت واحد أو في وقتين مختلفين . وكذلك لو رضع

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ . وفي بعض الروايات قالت عائشة : دخل علي أفلح فاستترت منه فقال : استترت مني وأنا معك ؟ قلت : من أين ؟ قال : أرضعتك امرأة أخي . قلت : إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته ، فقال : إنه معك فليج عليك ، وراجع أيضاً الفتى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧٢ ، وشرح المنهاج ص ٣٠٢ ص ٢٤٢ .

طفل من أم طفل آخر ، إرأخأ له من الرضاع ولو لم يرضع ابن المرأة منها أصلاً .

والجمهورية يشترطون في إثبات الأخوة بالرضاع أن يكون اللبن لفعل واحد وهو زوج المرضعة فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولو اختلفت المرضعتان . ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فعل وإن اتحدت المرضعة . وعلى ذلك يكون المحرم عندهم الأخوة لأب وأم أو الأخوة لأب فقط ، أما الأخوة من الأم رضاعاً فلا تكفي في نشر الحرمة . ومن هنا قالوا : يحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على المرتضع وأولاد المرضعة ولادة لا رضاعاً ، وبهذا تخصص قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيستثني منها الأخت لأم فقط من الرضاعة لأن الأخت لأم من النسب تحرم^(١) .

وبهذا تراهم يقلبون جانب الرجل صاحب اللبن على جانب المرأة . فضيخوا دائرة التحريم بسبب الأخوة من الرضاع ، ولحكنهم من جهة أخرى وسعوا دائرة التحريم به بالنسبة لأبي الرضيع نسباً فعزموا عليه أن يتزوج من أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على الراجح عندهم لأنهم في حكم ولده . حكما حرموا عليه التزوج من أولاد المرضعة التي أرضعت ولده نسباً لا رضاعاً^(٢) .

ما يثبت به الرضاع :

إذا كان الرضاع معروفاً بين الناس فالتحريم به ثابت لا يحتاج إلى دليل يثبت .

(٢) المختصر التاسع ص ١٩٩ . وقوله الإمام جعفر ع ١ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(١) المختصر التاسع ص ١٩٩ وقوله الإمام جعفر ع ٨ ص ٢٢٠ وقد قيل إنهم حرموا على صاحب اللبن وهو أبوه رضاعاً أن يتزوج من أخوات من ارتضع بلبنه مطلقاً لأن أخوة المرتضع صاروا بمنزلة أولاده . ولكن هذا غير المشهور عندهم . فقد قال صاحب الجواهر . لا بأس أن ينكح الفعل أخت المرتضع نسباً وإن كانت أمي أخته ولده لدم كونها بنتاً رضاعية ولا ريبية عرفاً . وأحرم في النسب البنت والربيعة . فقه الإمام جعفر ع ٣ ص ٢٢٩ .

أما إذا لم يكن معروفاً فإنه يحتاج إلى الدليل . والثبت له أحد أمرين :
الأقرار أو البينة .

فالأقرار يكون باعتراف الطرفين (الرجل والمرأة) أو أحدهما على
التفصيل الآتي :

إذا أقر شخص بأن هذه المرأة أخته من الرضاع فإن صدقته في إقراره
ثبتت الحرمة بينها بهذا التصديق مطلقاً سواء كان هذا الأقرار قبل الزواج أو
بعده ، فإن كان قبله لا يحل لها الأقدام على الزواج ، وإن كان بعده وجب عليها
أن يتفرقا وإلا فرق القاضي بينها . ومثل ذلك ما إذا كانت المرأة هي التي
بدأت بالأقرار وصدقها الرجل ، وإذا افترقا قبل الدخول فلا شيء للمرأة من
المهر ، وإذا كان بعد الدخول وجب لها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل
ككل نكاح فاسد أعقبه دخول . ولا تجب لها نفقة في عدتها ولا سكنى .

وإذا أقر الرجل وكذبت المرأة ثبت التحريم أيضاً فلا يحل له أن يقدم على
زواجها إن كان إقراره قبل الزواج فإن كان بعده وجب أن يفارقها ، فإن لم
يفعل فرق القاضي بينها . وإذا افترقا قبل الدخول وجب لها نصف المهر ،
وإن كان بعده وجب لها كل المهر المسمى والمرأة النفقة والسكنى في العدة ،
لأن إقراره حجة قاصرة عليه فلا يتمدى إلى حقوق المرأة بالإبطال ، وإذا رجع
عن إقراره فقال : كنت وأهما أو ناسياً قبل منه هذا الرجوع في الحالتين بشرط
ألا يكون أكد إقراره الأول بما يفيد اليقين كقوله أعلم أنها أختي . أو أشهد
عليه . فيجوز له بعد الرجوع أن يعقد عليها ، وإن كان بعد العقد بقي العقد
 قائماً كما كان ، لأن الرضاع مما يخفى أمره فربما يكون إقراره أولاً بالرضاع بناء
على خبر ظنه صادقاً ، ثم تبين له كذبه . وهذا يدعو إلى التجاوز عن تناقضه في
الأقرار أولاً والرجوع عنه ثانياً ، فإن كان أكد الأول أو أشهد عليه فلا يقبل
منه الرجوع ويبقى التحريم قائماً .

وإذا كان الأقرار من جانبها وكذبها الرجل وكان ذلك قبل الزواج فإن

ثبتت على إقرارها ولم ترجع عنه فلا يجوز لها أن تتزوجه ، وإن رجعت عن إقرارها جاز لها التزوج منه .

أما إذا كان إقرارها بعد الزواج وكذبها فلا يلتفت إلى ذلك الأقرار وإن أصرت عليه ، لأنها متهمة في ذلك الأقرار لاحتمال أنها فعلت ذلك لتتخلص منه بهذه الدعوى . بخلاف إقراره فإنه لا تهمه فيه ، لأنه يملك التخلص منها بالطلاق وليس في حاجة إلى دعوى الرضاع .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الزوجة تصدق في إقرارها بعد الزواج إذا كان أمرها بيدها وتستطيع أن تتخلص بالطلاق .

أما البينة فقد اتفق الفقهاء على أن الرضاع يثبت بالبينة ولكنهم اختلفوا في مقدارها . فمن الفقهاء من يرى أنه يكفي في إثباته شهادة النساء وحدهن ، لأن الرضاع بما لا يطلع عليه الرجال فيختص بشهادة النساء ، وهؤلاء منهم من يكفي بامرأة واحدة إذا كانت مشهورة بالصدق والمدالة . ومنهم من يشترط العدد فلا يثبت عنده إلا بشهادة امرأتين على الأقل .

والحنفية يذهبون إلى أنه لا يثبت إلا ببينة كاملة شهادة رجلين عدلين أو رجل واحد وامرأتين كسائر الحقوق ، لأنه يترتب عليه حقوق مالية وغيرها ، ولأن دعوى الرضاع يترتب عليها أبطال حق العبد . وهو ما ثبت له بعقد الزواج وكل منها يشترط فيه تمام البينة .

ويؤيد ذلك ما روى أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة شهدت على رجل أنها أرضعتها فقال : لاحتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان . وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فدل ذلك على أنه الحكم المقرر عندهم .

وقول المخالفين إنه لا يطلع عليه الرجال غير مسلم لأن المحارم من الرجال يطلعون عليه ولا حرج فيه .

ثم إن الرضاع يحتاج في إثباته إلى البينة عند إنكار أحد الزوجين له ، أما

إذا لم يكن هناك إنكار فيكفي لوجوب التفريق تصديق الزوجين على الرضاع أو إقرار الزوج به وثبوته على إقراره وإن كذبت الزوجة ، فإذا صحت هذه الشهادة وجب على الزوجين الافتراق ، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما .

وبعد الافتراق أو التفريق يجب ما يجب في كل عقد فاسد . لا شيء لها قبل الدخول ، أما بعده فيجب لها مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهرأ أو الأقل منه ومن المسمى إذا كان سمى مهرأ معيناً ، لأن المسمى إن كان هو الأقل فقد رضيت به الزوجة فلا يزداد على ما رضيت به ، وإن كان مهر المثل هو الأقل فهو الواجب الأصلي في كل زواج فاسد ولا يعدل عنه إلا إذا وجد مقتضى للدول عنه ، وإذا لم تصح البينة بأن نقص العدد أو كان الشهود غير عدول فإنفسه لا اعتبار لها في القضاء فلا يملك القاضي التفريق بينهما .

أما من ناحية اللهانة فالورع يقتضي على الزوجين أن يفترقا لاحتمال صدق هذه الشهادة في الواقع ^(١) .

فقد روي أحمد والبخاري عن حنيفة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجمعت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال : فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني . قال : فمتنحيت فذكرت ذلك له فقال كيف وقد زعمت أنها قد

(١) إذا أخبرت امرأة الزوجين بأنها أرضعتها أو أن بينها أخوة من الرضاع فاما أن يصدقهما مما أر يكلفها وأما أن يصدقها أحدهما ويكذبها الآخر فإن صدقهما مما وجب عليها الافتراق وإلا فرق القاضي بينهما لأن الرضاع ثبت بتصادقهما على أن الزواج القائم بينهما فاسد . وإن كلفها مما لا يجب عليها الافتراق ويبقى الزواج كما هو . وإن صدقها الرجل وكذبتها المرأة كان كإقرار الزوج بالرضاع فيجب التفرق لأنه لا شبهة في تصديق الزوج كقراره . وإن صدقتها المرأة وكذبها الرجل كان كإقرار المرأة وحدها يبقى الزواج صحيحاً كما لو كان لوجود التهمة في هذا التصديق غير أنه في كل موضع لا يجب فيه الافتراق أو التفريق يبقى معه التنزه بالمقارنة ورعاً لاحتمال صدق ذلك الخبر وموافقة للواقع .

أرضعتكما فنهاه عنها . وفي رواية قال له : كيف وقد قيل دعها عنك فإن هذا الحديث يدل على أن شهادة المرأة لا توجب التفرقة وإلا لفرق الرسول بينهما من أول الأمر ولم يعرض عنه إذ الأعراض قد يقترب عليه أن يترك السائل المسألة ويكون إقراراً من الرسول على المحرم كما يفيد كراهة الأبقاء على هذا الزواج بعد هذا الأخبار فأمره بتركها جاء على سبيل التندب تورعاً واحتياطاً وهذا ما يفيد قوله عليه الصلاة والسلام : كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ؟

ولقد فهم الصحابة رضوان الله عليهم ذلك وعلوا به فقد . روي أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت امرأة تزعم أنها أرضعتهما فسأل الرجل علياً كرم الله وجهه فقال له : هي امرأتك ليس أحد يجرمها عليك فإن تزوجت فهو أفضل ، وروي مثل ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما .

هذا ومذهب الحنفية هو الذي يسير عليه العمل في جمهورية مصر العربية وفي لبنان في المحاكم السنية .

أما بالنسبة للمحاكم الجعفرية فيطبق مذهبهم وهو يقرر أن الرضاع يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبشهادتين منفردتين عن الرجال ولكنهم يشترطون العدد وأن تكون الشهادة على شكل معين يثبت الرضاع المحرم على مذهبهم^(١) .

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا أن صحة الشهادة على الرضاع لا تتوقف على سبق

(١) فقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٢٣٤ والوجه الذي شرطوا أن تكون الشهادة عليه حتى تكون مقبولة أن يعقل الشاهد : أشهد أن فلانا أرتضع من ندي فلانة من ابن الولادة المستندة إلى نكاح خمس عشرة رضة متواليات وثلاث قبل أن يتم الرضيع الحولين من عمره فلم تكن على هذا الوجه لا تقبل لاستيصال أن يكون الشاهد يمتنع للتعريم على غير هذا الوجه . وفي المختصر النافع ص ٢٨٧ في باب الشهادة : لا تقبل شهادة النساء في الحلال والطلاق . وفي الطلاق وفي قبورها في الرضاع تردد أشبهه القبول .

الدعوى من أحد الزوجين كما لا يتوقف قبولها قبولها على ذلك فيجوز لأي شخصين بملان ثبوت الرضاع بين زوجين أن يتقدما إلى القاضي بالشهادة حسبة الله تعالى ، وعلى القاضي إذا ثبت عنده صدق هذه الشهادة أن يحكم بالتفريق بين هذين الزوجين لأن تلك الشهادة تثبت الحرمة وهي من حقوق الله تعالى ، كما تقبل الشهادة على وقوع طلاق زوج ظل يعاشر زوجته بعد الطلاق (١) .

حكمة التحريم بالرضاع :

قدما أن المرأة التي ترضع طفلا بلبنها قد أسهمت في بناء لحمه وإنشاز عظمه بعد أن دخل منها في تكوينه فيصبح كقطعة منها يشبه إلى حد كبير ولد لها الذي حملته في بطنها وتغذي بنفادها ، لذلك سماها القرآن أما لهذا الرضيع وجعل بناتها أخوات له . فنشأت بينهما رابطة كرابطة النسب . وتلك رابطة كريمة تستدعي الحفاظ عليها والتمسك بها عما يؤدي إلى قطعها أو تشويه جمالها .

ولما كانت رابطة الزواج لا تتفق معها منع الشارع اجتماعهما فكان أن جعلها سببا من أسباب تحريم الزواج كما حرم بالنسب . وضع القرآن أصلها وفصلها رسول الله ﷺ بقوله : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » . نعم إن هذه الرابطة لا تتساوى مع رابطة النسب في كل جوانبها لذلك أخذت من أحكام النسب بعضها كتحریم الزواج دون باقيها من التوارث ووجوب النفقة وغيرها . على أن الشريعة الإسلامية التي انفردت بإيجاد تلك الرابطة بين المرضع والرضيع وجعلتها سببا للتحريم (٢) تهدف بذلك إلى تحقيق غرض

(١) ونكتفي بهذا القدر من مسائل الرضاع هنا أما بقية مسائله فترجيء الكلام عليها إلى القسم الثالث تملؤها بحق الرضيع .

(٢) أما اليهودية والمسيحية فليس الرضاع محرما فيها لذا جاء في قانون لعائلة في بيان المنوع ككاحه عند اليهود ٢٦ : الرضاع ليس ممدودا من موانع النكاح . وكذلك في ٣٢ عند بيان المنوع ككاحه عند المسيحيين .

إنساني نبيل . فقد نزل القرآن وعادة الأرضاع فاشية عند العرب تقوم به طائفة من النسوة نظير أجر تأكل منه بيتاً يتمتع عنه الحرائر أنفة وترفها حق جرى في أمثالهم : « تجوع الحرة ولا تأكل بشديها » ، فأراد الشارع القضاء على تلك العادة مبيناً للمترفعات عنه منهن أن الأرضاع ليس مهانة للمرأة وإنما هو تكريم لها وتوسيع لدائرة أمومتها التي هي أسمى ما تمتاز به المرأة وتسمى جاهدة إلى تحقيقه .

وبذلك تفتتح قلوب النساء لهذا العمل الجليل فيقبلن راضيات على إرضاع من حرم الأرضاع بوفاة أمه أو عجزها عنه لأي سبب ما دام في ذلك ارتقاء بين إلى تلك المكانة السامية فتصير به المرضعة أما للرضيع بعد أمه التي ولدت له حتى يقف منها موقفاً سواء في التكريم والاحترام . وقد تصاب المرضع بموت أولادها فتجد العزاء فيمن أرضعتهم وتعيش مع الأمومة رغم فقدتها لمن ولدتهم .

وكم للحكيم سبحانه من حكم وأسرار وراء كل حكم من أحكامه تسعى العقول جاهدة للكشف عنها فينتهي بها المطاف إلى العجز والتسليم فتتهف قائلة : سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العلم الحكيم .

وإلى هنا ينتهي الكلام عن المحرمات على التأييد وشرح أسباب تحريمهن فننتقل إلى الكلام عن النوع الثاني من المحرمات وهن المحرمات على التناقض .

- ولطائفة الدرزية جاء قانونها غالباً من النص على التحريم بالأرضاع فاقصر على التحريم بسبب الغرابة المحرمة والمصلحة م ١٢ ، ١٣ . وهل يعتبر ذلك سكوتاً عن الرضاع فيوسع فيه إلى مذهب الحنفية أم يعتبر هذا القصر مقصوداً فلا تحريم بالأرضاع عندهم ؟

الفصل الثاني

في المحرمات تحريراً مؤقتاً وفيه مباحث

قدمنا أول الكلام على المحرمات أن المانع من الزواج إن كان أمراً قابلاً للزوال كانت المرأة محرمة تحريراً مؤقتاً وقد عد منها الفقهاء أصنافاً . أهمها :

- ١ - من تعلق بها حق للغير . ٢ - الجتمع بين محرمين
- ٣ - المطلقة ثلاثاً قبل أن تتزوج غير مطلقها ٤ - من لا تدين
- بدين سماوى . ٥ - المرأة التي لا عنها زوجها حتى يكذب نفسه .
- ٦ - الزيادة على أربع . وإليك تفصيل الكلام عليها :

المبحث الأول

في من تعلق بها حق للغير بالزوجية أو بالاعتداد بعدها

يعرم على المسلم التزوج بزوجة غيره لأن الله عدّها من المحرمات في قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم .. » إلى أن قال : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيانكم » النساء / ٢٤ ولفظ المحصنات وإن أطلق في القرآن على العفيفات غير المتزوجات كما في قوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتهم من أجورهن محصنين

غير مسافحين . / المائدة ٥ / وقوله : والذين يرملون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة « النور / ٤ .
إلا أن المراد منه هنا المتزوجات بأجماع العلماء وإلا لتناقضت مع آية المائدة حيث عدنها ممن أحل لنا .

ولفظ المحصنات عام يشمل كل متزوجة مسلمة كانت أو غير مسلمة . لم يستثن من ذلك إلا الزوجة التي سببت وحدها دون زوجها لأن القرآن استثنى من المحصنات ما ملكت في قوله تعالى : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمنكم^(١) » .

وأما تحريم المعتدة من غيره سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن أو عن وفاة فبالآيات التي أوجبت على المرأة الاعتداد وهي قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقوله جل شأنه : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضمن حبلهن » .

فإذا كان الشارع أوجب على المعتدة الانتظار من غير زواج تكون في هذه المدة محرمة على الرجال الأجانب على أن النهي عن تزوج المعتدة عن وفاة جاء صريحا في قوله تعالى : « ولا تمزموا عقدة النكاح حتي يبلغ الكتاب أجله » بعد أن نفى الجناح عن التمريض بالخطبة . وهذه وإن كانت في شأن المعتدة عن وفاة إلا أنه لا فرق بين معتدة ومعتدة فتكون كل معتدة محرمة على غير من اعتدت منه .

لكن يجوز لمن اعتدت منه أن يتزوجها في العدة بدون عقد ومهر إذا كان

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٦٨ .

الطلاق رجعيًا ، ويعقد ومهر جديدين إذا كان الطلاق بائنًا بينونة صغرى ، وأما في البينة الكبرى فلا تحل لطلاقها إلا بعد أن تتزوج بآخر ويدخل بها ثم يطلقها وتنقضي عدتها .

وهذا التحريم متفق عليه . فإذا عقد الرجل زواجه على زوجة الغير أو معتدته كان العقد باطلا لا يقرب عليه شيء من آثار الزواج إن لم يدخل بها ، فإن دخل بها قبل انتهاء عدتها كان لها المهر بما استعمل منها وهو مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهرًا أو الأقل منها إذا وجدت تسمية وعليها العدة ، بل زاد الجعفرية على ذلك أنه لو عقد على المعتدة وهو يعلم أنها عزمة عليه حرمت عليه مؤبدًا وإن لم يدخل بها ، وكذا لو عقد عليها ودخل بها وهو يحل حرمتها ، أما مجرد العقد مع الجهل بالحرمة فلا يستلزم تأييد الحرمة ^(١) ويلحق بالمعتدة من زواج صحيح المعتدة من دخول بعقد فاسد أو مغالطة بشبهة لأن الولد من كل منهما محترم لثبوت نسبة من أبيه .

والحكمة في تحريم زوجه الغير ومعتدته أن في التزوج بهاتين اعتداء على الزوج . أما في حال قيام الزوجية فظاهر ، وأما في العدة فإن آثار الزواج لا زالت باقية ، ولأنه قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب في بعض الصور .

وقانون حقوق العائلة يصرح في مادته الثالثة عشرة بأن « التزوج بمنكوحة الغير ومعتدته ممنوع » .

حكم الزواج بالزانية:

الزنى لا يحرم الزواج بالمزنى بها لأنه لا عدة عليها ولم يتعلق بها حق للغير

(١) المختصر النافع وفقه الإمام جعفر الصادق ج ه ص ٣٠ قال فقد مع الدخول محرم أبدا سواء كان علنا بالحرمة أولاء وأما مجرد العقد فلا يؤيد التحريم إلا مع العلم بالمعصية ذلك قالوا يجب عليه للمهر ويلحق به الولد لأنه وطئه بشبهة .

والمسألة فيها التفصيل الآتي :

إن كان مريد الزواج بها هو من زنى بها صح العقد عليها والدخول بها عقب العقد سواء كانت حاملاً أو غير حامل . وهذا لا خلاف فيه إلا ما روى عن الحسن البصري من أنه لا يصح الزواج من الزانية . وإذا تزوجها وجاءت بولد بعد ستة أشهر من وقت العقد عليها ثبت نسبة منه ، وإن جاءت به لأقل منها لا يثبت نسبة منه إلا إذا ادعى أنه ولده من غير أن يصرح بأنه من الزنا لاحتمال أنه جاء نتيجة عقد سابق أو مخالطة بشبهة ، والأصل أن حال المسلم يجعل على الصلاح ، ولأن في ذلك ستراً على الأعراس وهو مطلوب شرعاً ، وإن كان غيره فإن لم تكن حاملاً صح العقد عليها عنه جمهور الفقهاء ، وجاز له الدخول بها من غير كراهة .

وذهب محمد بن الحسن إلى كراهة الدخول بها حتى يستبرئها بحيضه لجواز أن تكون حاملاً . وإن كانت حاملاً بيقين صح العقد عليها عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي إلا أنه لا يحل الدخول بها حتى تضع الحمل . أما صحة العقد عليها فلأنها لم تذكر في المحرمات فتدخل في عموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ولأن الزنا لا حرمة له حيث لا يثبت به النسب . وفي هذا يقول رسول الله ﷺ « الولد للفراش وللماهر الحجر » وإذا لم يكن له حرمة فلا يكون مانعاً من الزواج . وأما امتناع الدخول بها فلأنه يؤدي إلى أن يسمى مائه زرع غيره وهو منهي عنه شرعاً لقول رسول الله « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين مائه زرع غيره » .

وقال أبو يوسف وزفر من الحنفية وأحمد في رواية لا يصح العقد عليها . لأن هذا الحمل يمنع من الدخول بها فيكون مانعاً من العقد لأن العقد لا يقصد إلا للدخول . ويرد على هذا بأنه قد قام الدليل على تحريم الدخول بها وبقي ما عدها على الحل .

ويرى الجعفرية أن الزنى به إما إن كانت زوجة أو ممتدة من طلاق وجمعي
حرمت على الزاني أبداً ، وإن كانت خلية جاز للزاني أن يتزوجها والدخول بها
وإن لم تلب على المشهور عندهم . وفي قول يكره الزواج بها حتى تتوب . وكذا
يجوز لغيره التزوج بها والدخول وإن كانت حاملاً غير أنه يستحب له ألا يقربها
حتى تضع حملها .

المبحث الثاني

في الجمع بين محرمين

المحرمان كل امرأتين تربطها علاقة محرمة كالأختين والبنات وأما أوجدتها،
والمرأة وعمتها أو خالتها أو بنت أخيها أو أختها^(١) فإننا لو فرضنا إحداهما
ذكر لا يحل له أن يتزوج الأخرى لأنه يؤدي إلى أن يتزوج الأن أخته .

والأصل في تحريم هذا قوله تعالى في سباق المحرمات « وأن تجمعوا بين
الأختين » وليس المراد الجمع بين الأختين فقط بل هو إشارة إلى كل جمع فيه
علاقة كعلاقة الأختين ، لأن القرآن لم يأت ليبان تفاصيل أحكام الجزئيات ،
ولهذا جاءت السنة مبينة هذا الأجمال فيما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ
أنه قال « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا المرأة على ابنة أخيها
ولا ابنة أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم^(٢) » وزاد في بعض الروايات:

(١) وكل امرأتين التين كل منهما عمة للأخرى أو كل واحدة منهما خالة للأخرى . فالأولى كما إذا
تزوج كل من رجلين بأم الآخر وأتى كل واحد منهما ببنت فكل من البنتين عمة للأخرى ، والثانية
كما لو تزوج كل من رجلين بنت الآخر وأتى كل منهما ببنت فكل من البنتين خالة للأخرى .
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥٢ .

(٢) راجع منتقى الأخبار بشرح قبيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٧ وما بعدهما والبدائع ج ٢
ص ٢٦٢ والحديث ليس فيه تكرار وإنما هو ليبان أن الجمع ممنوع بين الجانبين تقدمت العمة =

« لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى » .

فالحديث بين بعض الصور وصرح بملة هذا التحريم وهي قطع الرحم التي بين الأقارب لما يقع بين الضرائر عادة من الغيرة المؤدية إلى التباغض والتنازع وقطع الرحم حرام فما أفضى إليه يكون حراماً ، وعلى ضوء الآية والحديث قرر الفقهاء قاعدة لتحريم الجمع تقول « يحرم الجمع بين كل امرأتين لو فرضنا إحداهما رجلاً لا يحل له أن يتزوج الأخرى » لما في هذا الجمع من قطع الوصلة بينهما .

ولما كان الرضاع يأخذ حكم النسب بالحديث « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » عمموا في القاعدة فجعلوها شاملة للجميع بين المرأتين اللتين ربطتها رابطة النسب أو الرضاع ، فكما يحرم الجمع بين الأختين نسباً يحرم الجمع بين الأختين رضاعاً ، وكما يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها من النسب يحرم الجمع بينها وبين عمتها أو خالتها من الرضاع ^(١) .

ثم إن القاعدة السابقة يشارط فيها عند جمهور الفقهاء أن تكون من الجانبين على معنى أننا لو فرضنا كلا من المرأتين رجلاً لا تحل له الأخرى كالأختين والمرأة وبناتها والمرأة وعمتها أو خالتها وما شابه ذلك فإن التحريم ثبت من الجانبين .

أما إذا كان من جانب واحد فقط كما في زوجة الرجل وابنته من غيرها فإننا لو فرضنا البنت رجلاً لا يحل له أن يتزوج الأخرى لأنها زوجة أبيه ، ولو فرضنا

— والحالة أر تأخرت ولو اقتصر على شرطه الأول لتوهم أن الجمع ممنوع من جانب واحد كما في إدخال الأمة على الحرة .

(١) وخالف في ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فقصرا منع الجمع على ما كان بالقرابة النسبية ، أما قرابة الرضاع فلا تمنع الجمع فيجوز للرجل أن يجمع بين الأختين من الرضاع لأن الحديث يقول « قطعتم أرحامكم » والرضاع لا يثبت رحمًا ، ويرد عليهم بأن الحديث الآخر أعطى للرضاع حكم النسب فكل ما حرم بالنسب يحرم بالرضاع .

الزوجة رجلاً حصل له التزوج بالبت لأنها أجنبية عنه حيث إن فرضها رجلاً يخرجها عن كونها زوجة الأب فانعدمت العلاقة بينها . وعلى ذلك يحل للرجل أن يجمع بين امرأة وامرأة أخرى كانت زوجة لأبي الأولى من قبل . ومثلها المرأة وزوجة ابنها لأننا لو فرضنا المرأة رجلاً لا يحل له التزوج بالأخرى لأنها حلية ابنه ، ولو فرضنا زوجة الإبن رجلاً حل له التزوج بالأخرى لعدم المحرمية بينها لأن فرضها رجلاً يخرجها عن كونها زوجة للإبن .

وكذلك المرأة وأم زوجها لأننا لو فرضنا المرأة رجلاً حل له التزوج بالأخرى لعدم العلاقة بينها ، ولو فرضنا أم الزوج رجلاً لحرم عليها التزوج بالأخرى لأنها حلية ابنه وهكذا في سائر الصور المشابهة ، وإنما جاز الجمع في تلك الصور لعدم العلاقة المحرمة المانعة من الجمع فأشبهت الأجنبية فيدخلن تحت عموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » (١) .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة . فالمادة السادسة عشرة تقول « جمع امرأتين بالنكاح كل منها محرم للأخرى نسباً أو رضاعاً ممنوع ومن المعلوم أن جمعها ممنوع أبداً إذا كانت كلتاها لو فرضت ذكراً لا يجوز تزوجه بالأخرى كالأختين أما إذا كانت إحداها لو فرضت ذكراً ممنوع تزوجه بالأخرى وبالعكس غير ممنوع فيجوز جمعها بالنكاح كالبت وزوجة الأب » .

وذهب الجعفرية إلى أن الجمع الممنوع هو الجمع بين الأختين لنص القرآن على ذلك ، أما الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وبالعكس فجائز لكنهم شرطوا في إدخال البنت على عمتها أو خالتها إذنها ، فإن لم تأذن لا يجوز ، وعبارتهم : تحرم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً ، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها فإن

(١) خالف في ذلك زفر من الحنفية وقال : يكفي وجود اللانح من أحد الجانبين وعلى ذلك يمنع الجمع في تلك الصور لشبهها بالمرأة وعمتها التي ورد بها النص ، وهو مروي عن الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى كما يقول ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٥٨٨ .

أذنت لإحدهما صح ، وكذا لو أدخل العمة أو الخالة على بنت الأخ والأخت
صح إطلاقاً أي سواء أذنت أو لم تأذن . قالوا : لأن الله بعدد المعربات قال
« وأحل لكم ما وراء ذلكم » فإن هذا يشمل الجمع بينها ولو كان محرماً لنص
عليه القرآن كما نص على تحريم الجمع بين الأختين .

أما شرط الإذن من العمة والخالة فقد دلت عليه الرواية عن الإمام جعفر
الصادق قال : لا تزوج بنت الأخ ولا بنت الأخت على العمة ولا على الخالة إلا
بإذنها وتزوج العمة والخالة على بنت الأخ والأخت من غير إذنها ^(١) .

وأنت ترى أن عدم نص القرآن على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وأخالتها
لا يحمله مباحاً بعد أن بينه رسول الله ونص عليه والله يقول « وما أتاكم الرسول
فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » .

ولو كان عدم نص القرآن على الحكم مفيداً للإباحة لجاز للشخص أن يجمع
بين المرأة وبينها ولا يقول بذلك أحد إلا أن يقولوا : أن الجمع بين المرأة وبينها
ثبت تحريمه بدلالة النص لأن قرابة الأولاد أقوى من قرابة الأخوة فيكون
النص شاملاً لها . ويظهر أن الحديث لم يصح عندهم فأخذوا بقول الإمام الذي
يعتبرونه حجة ولكل وجهة هو موليها .

ولا فرق في حرمة الجمع بين الجمع الحقيقي بأن عقد عليها في وقت واحد
أو في وقتين مختلفين وبين الجمع العكسي بأن تكون إحداها زوجة والأخرى
معتدة منه بعد طلاقها، فإذا طلق الرجل امرأته وفي أثناء عدتها تزوج أختها أو
عمتها أو خالتها يكون جامعاً بينها لبقاء آثار زواج المطلقة في هذه الحالة .
غير أن المسألة فيها تفصيل للفقهاء ، من طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً لا يجوز

(٢) المختصر للنائع ص ٢٠٠ وفقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٢٠٠ الاستبصار ج ٣
ص ١١٨ .

له التزوج بواحدة ممن حرم عليه الجمع بينهما وبين من طلقها في أثناء العدة، فإن فعل ذلك كان زواجه فاسداً لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل الثابتين بالزواج فيكون الزواج بعده قائماً حكماً فإذا تزوج الأخرى كان جامعاً بينهما والجمع بين المعارف غير جائز شرعاً .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحنفية منعو التزوج بالأخرى أثناء العدة يستوي في ذلك الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى لأنه يكود جامعاً بين محرمين لبقاء بعض أحكام الزواج الأول من حق الاحتباس فإن الزوج المطلق يملك منعها من الخروج وقيام الفراش بينها حكماً حتى لو جاءت بولد في المدة المقررة ثبت نسبته منه كما يحرم عليها التزوج بزواج آخر فكان للنكاح قائماً من وجه (١) .

وذهب المالكية والشافعية والجمهورية (٢) إلى أنه يجوز له التزوج في أثناء العدة لأن الطلاق البائن قطع وصلة النكاح فصارت كالأجنبي فلا يكون جامعاً بين محرمين لأن الجمع المحرم هو الجمع في النكاح وقد زال في إحداها .

ونحن إذا نظرنا للملة التي من أجلها حرم الجمع وهي قطع الرحم لوجدناها قائمة في التزوج أثناء العدة ، بل هي أشد ، لأن من يطلق زوجته ثم يبادر إلى التزوج بأختها أو عمتها أو بنت أخيها يؤلم المطلقة ألماً شديداً ويجعلها تمتلئ وحقدًا وكرامية للتي تزوجها ، وربما أرجعت طلاقها إلى تدبير سابق بينه وبين من تزوجها وهذا لا شك مؤد إلى قطع الرحم المنهى عنه فيرجح بذلك مذهب الحنفية . وهو الذي يجري عليه العمل في المحاكم بمصر .

وفي لبنان بالنسبة للمعالم السنية ، لأن قانون حقوق العائلة الواجب العمل

(١) البعث ج ٢ ص ٢٦٤

(٢) للشرح الكبير بحاشية الدموقي ج ٢ ص ٢٥٥ واحتصر النافع ص ٢٠٣ ، فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٢٠٥ .

به فيها لم ينص على هذا الحكم فيكون المرجع فيه المذهب الحنفي .

أثر الجمع بين الأختين ومن في حكمهما :

إذا جمع بين الأختين ومن في حكمهما فإن كان بمقد واحد كان تزوجها بعبارة واحدة فنكاحها باطل لعدم المرجح لإحداها على الأخرى لتحقق الجمع بكل منهما ، وحيثئذ يفرق بينه وبينها فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها ، وإن كان بعد الدخول بها وجب لكل منها مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهرأ أو الأقل منه ومن المسمى إن كان سمى لها . وإذا دخل بإحداها وجب لها ذلك دون الأخرى .

وإن جمع بينها بمقدين وعلم الأول منها كان الأول صحيحاً إذا استوفى شرائطه وأركانها لأنه لا جمع فيه ويبطل الثاني لأن الجمع حصل به قبل العقد على الأولى حرمت الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولي بالطلاق وانقضاء عدتها فيجب عليه أن يفارقها، فإن لم يفعل فرق القاضي بينها ولا شيء لها إذا لم يدخل بها ، ولها مهر المثل أو الأقل منه ومن المسمى إن دخل بها . ووجب عليها المدة ، وإذا خالط صاحبة العقد الفاسد وجب عليه ألا يقرب صاحبة العقد الصحيح إلا بعد انقضاء عدة الثانية حتى لا يكون جامعاً بينهما .

وإن تزوجها بمقدين ولا يعلم المتقدم على المتأخر أو علم ونسى كما إذا وكل شخصين بتزويجه فزوجه كل واحد منهما إحداها ولا يعرف تاريخ المقدين بطل المقدان لأن إحداها محرمة عليه ونكاحها باطل ولا نعرف المحالة له فقد اشبهتا عليه ولا مرجح لأحد المقدين على الآخر وإذا بطل المقدان وجب التفريق بينهما .

فإذا فرق بينه وبينها فما يجب لها من المهر ؟

هذان المقدان أحدهما صحيح في الواقع ويجب فيه ما يجب في العقد الصحيح

نصف المهر قبل الدخول وكل المهر بعده . والآخر غير صحيح لا شيء فيه قبل الدخول ومهر المثل أو الأقل منه ومن المسمى بعد الدخول ، وكل منهما يحتل أن يكون عقدها صحيحاً أو فاسداً . فإذا كان التفريق قبل الدخول وسمى لكل منهما مهراً مساوياً للآخرى وجب لهما نصف مهر إحداهما قسم بينهما مناصفة ، وإن اختلف المسمى استحققت كل واحدة منهما ربع مهرها المسمى وإن كان بعد الدخول وجب لهما مهر إحداهما المسمى ومهر مثل الأخرى يقتسمانه بينهما مناصفة عند التساوي بين المهرين ، وإن اختلف المهران أخذتا الأقل لأنه المتيقن فإذا سمي لكل منهما مائة وكان مهر مثل كل منهما ثمانين أخذتا مائة وثمانين ونصفهما ، وإذا سمي لكل منهما مائة واختلف مهر المثل أخذتا أحد المسمين وأقل الثلثين ، وإذا اختلف المسمى واتحد مهر المثل أخذتا أحد الثلثين وأقل المسمين ، وإذا اختلف المسمى ومهر المثل أخذتا أقل كل منهما ونصفنا المجموع بينهما^(١) .

ويلاحظ هنا أن الجميع إذا كان بين امرأة وبنتها ودخل بها حرماً عليه مؤبداً لأن الدخول بعد العقد الفاسد موجب للتحريم كما سبق ويقوم مقام العقد الصحيح فلا يحصل له أن يعقد على واحدة منهما بعد ذلك لا نعلم في ذلك خلافاً .

(١) هذا التفصيل منسوب إلى الحنفية . وللذهب رأي آخرى تتفق معه في الجملة وإن كانت تختلف معه في بعض التفاصيل . راجع الفتاوى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٨١ وما بعدها وبداية المجتهد ، والبدائع ج ٢ ص ٢٦٣ ويلاحظ أن الشافعية والحنابلة والجمهورية يوجبون في كل نكاح فاسد بعد الدخول مهر للمثل لا المسمى راجع للجمهور في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢٣ .

المبحث الثالث

في المطلقه ثلاثا

المطلقة ثلاثا محرم مؤقتا على مطلقها فتعزم عليه حتى تتزوج زوجا آخر ويطلقها بعد الدخول بها وتنقضي عدتها . فإذا زال المانع بأن تزوجت غيره ثم طلقها لسبب من الأسباب أو مات عنها وانقضت عدتها حلت لزوجها الأول فيجوز له أن يعقد عليها من جديد .

والدليل على هذا التحريم قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فإن المراد بها المطلقة الثالثة بدليل قوله قبلها « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » البقرة / ٢٢٩ ولا بد في حلها له من دخول الزوج الثاني بها دخولا حقيقيا كما صرح به السنة في قول رسول الله للمرأة التي تزوجت زوجا آخر وأرادت الرجوع إلى زوجها الأول قبل أن يدخل بها الثاني دخولا حقيقيا « لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » .

وعلى هذا عامة الفقهاء في جميع المصور إذا استثنينا ما روى عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير من أنهما لم يشترطا الدخول في الحل . ولعل الحديث لم يبلغهما .

والحكمة في هذا التحريم هي إقامة حاجز منيع بين الزوج والإقدام على الطلاق الثالث بعد إيقاعه الأولين الذين كان يملك بهما إعادة زوجته بمحض اختياره ، فإنه إذا علم أنه إذا طلقها الثالثة لا يستطيع إعادتها إليه إلا بعد توسط زوج آخر يحل له منها ما كان حلالا له وقد لا تعود إليه كما يحدث أحيانا . أمسك زمام نفسه خشية الوقوع فيما يأنف منه الرجال ، وكذلك المرأة إذا علمت ذلك كفت نفسها عما يثير النزاع محافظة على حياتهما الزوجية .

فإذا أفلت الزمام من أيديهما ووقع الطلاق الثالث كان ذلك دليلاً على استحالة الحياة بينهما ، وهنا يدخلان في تجربة قاسية لا مفر منها تجعل كلا منهما يفكر بعقله لا بمواظفه إذا ما تزوجا من جديد . لأن المرأة تكون قد خبرت الحياة الزوجية مع غيره وتستطيع حينئذ الموازنة بين المعيارين فتعرف فضله ، وهنا يستأنفان حياة جديدة عمادها المحبة والوفاء والتفاني عن المفلول .

بقي أن نقول : « إن الفقهاء جميعاً على اختلاف مذاهبهم متفقون على أن الطلاق الثلاث من أسباب التحريم للوقت وأن تكرر أكثر من مرة . فمتى زال المانع جاز للزوج الأول المقعد عليها وتعود إليه بكل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات .

ولكن الشيعة الجعفرية استثنوا صورة واحدة جعلوا هذا الطلاق فيها موجباً للتحريم المؤبد ، وهي ما إذا طلقها تسع مرات طلاق العدة . وصورته أن يطلق الرجل زوجته ويراجعها في العدة ويخالفها ثم يطلقها في طهر آخر ثم يراجعها في العدة ويخالفها ثم يطلقها في طهر آخر . وحينئذ تحرم عليه حتى تتزوج زوجاً آخر ، فإذا عقد عليها ثانية وطلقها ثلاثاً على الوجه السابق ، ثم تزوجت بآخر وطلقها وتزوجها الأول مرة ثالثة وطلقها ثلاثاً على الصورة السابقة وكلت التطبيقات تسماً حرمت عليه مؤبداً . فالشرط في ذلك أن يراجعها في العدة ويخالفها قبل أن يطلقها . فإن راجعها في العدة ولم يخالفها أو تزوجها في كل مرة بعد انتهاء عدتها فلا تحرم عليه مؤبداً ولو طلقت مائة مرة (١) . ولم أقف لهم على دليل في ذلك .

(١) فقه الإمام جعفر الصادق للشيخ مفتية ج ٥ ص ٢٠٨ .

المبحث الرابع

في المرأة التي لاعنها زوجها حتى يكذب نفسه

إذا قذف الزوج زوجته بالزنى أو نفى ولدها عن نفسه ولم يثبت ذلك بالبينة التي تثبت الزنى وهي أربعة شهود عدول . فعلى القاضي أن يجري بينهما اللعان . وهو أن يقسم الرجل أربع مرات بالله إنه صادق في دعواه ويقول في الخامسة : إن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين . وتقسم هي أربع مرات بالله إنه كاذب في دعواه وتقول في الخامسة : إن عليها غضب الله إن كان من الصادقين . فإذا فعل ذلك تم اللعان بينهما ويفرق بينهما وتحرم عليه ولا تحل له إلا إذا عاد وكذب نفسه ، فإذا كذب نفسه أقم عليه حد القذف وحلت له بعد ذلك فيجوز له أن يعقد عليها عقداً جديداً . وهذا هو الرأي الراجح في مذهب الحنفية وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وسبب هذا التحريم أنه بعد حصول ذلك اللعان تنعدم الثقة بينهما ولزواج ينبي أولاً على وجود الثقة بين الزوجين ، فإذا ما كذب نفسه تمود الثقة فيحل العقد عليها إذا رغبت في ذلك . لأنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ، فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه ، لأن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بتمين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب فإذا انكشف ارتفع التحريم .

وذهب الجمهور الأئمة الثلاثة والجعفرية^(١) وأبو يوسف من الحنفية وغيرهم إلى أن اللعان فسخ بوجوب تحرماً مؤبداً لا يرتفع بحال وإن أكذب نفسه للحدوث الذي رواه أبو داود عن سهل بن سعد ومضت السنة في التسلاعين أن يفرق

(١) يقول الحلي في المختصر للقانع ص ٢٠٢ : اللعان وثبت به التحريم المؤبد وكذا قذف امرأته الصها أو الحرساء بما يوجب اللعان .

بينها ثم لا يجتمعان أبداً » وما رواه الدارقطني عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً »^(١) .

المبحث الخامس

في تحريم من لا تدين بدين سماوي :

والمراد بها من لا تؤمن بكتاب سماوي أنزل على رسول من الرسل في حينه ،
وتوضيح هذا نقول : إن المخالفين للمسلمين في الدين أصناف ثلاثة :

الأول : من ليس لهم كتاب سماوي ولا شبهة كتاب . وهؤلاء هم الذين يعبدون غير الله من الأصنام والأوثان والشمس والقمر والنجوم والنار والحيوان وغير ذلك . ومنهم الملاحدة الذين لا يدينون بدين مطلقاً ويحاربون الأديان كلها . ويلحق بهم الرافضة الذين ينكرون المعلوم من الدين بالضرورة فيعتقدون أن جبريل غلط في الوحي فأوحى إلى محمد مع أن الله أمره بالأيحاء إلى علي ، أو يدعون ألوهية علي ، وكذلك المرتدون وهم الخارجون عن الإسلام وإن انتقلوا إلى دين سماوي آخر لأنهم لا يقرون على ما انتقلوا إليه فلا دين لهم . كما يلحق بهم كل من اعتقد منهجاً يخرج صاحبه من الإيمان إلى الكفر كالبائية أو البهائية ، والقاديانية أو الأحمدية .

فالفرقة الأولى ظهرت أولاً في إيران نسبت إلى زعيمها الأول ميرزا علي محمد الذي لقب بالباب^(٢) ثم زعيمها الثاني الذي لقب ببهاء الدين . وقد ابتدع هذا وذاك أموراً تتنافى مع الإسلام .

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٠ .

(٢) أي الباب إلى الإمام للتتويج لأنه كان من الشيعة الأتني عشرية ثم فسد وابتدع ما يخرجه عن الإسلام .

كجعلها الصلاة تسع ركعات في اليوم واليلة ، والصوم تسعة وعشرين يوماً من شروق الشمس إلى غروبها ويكون في الاعتدال الربيعي بحيث يكون عيد الفطر هو يوم التبروز على الدوام ، كما أبطلا الحج وزعموا أن شريعتها نسخت الشريعة الإسلامية مع دعوى الأول النبوة والثاني الألوهية إلى غير ذلك من الحرافات السخيفة .

والفرقة الثانية تنسب لرجل من بلدة قاديان من بلاد الهند يسمى غلام أحد ادعى النبوة وأنه المسيح عيسى بن مريم الذي أخبر الرسول عنه أنه ينزل آخر الزمان لقتل المسيح النجال .

وأنة أوحى إليه أن المسيح مات ، بل إنه اكتشف قبراً لولي من الأولياء قال عنه إنه قبر المسيح عيسى لأنه لما فر من اليهود رحل إلى هذا المكان فمات ودفن فيه ، ولكي يستر دعوته لم يزعم أنه جاء بشريعة جديدة ، بل أنه مجرد مجدد لشريعة الإسلام . ومن أحكامه التي ابتدعها أنه لا يجوز تزوج القاديانية إلا لمن آمن بمبادئهم ويجوز للقدياني أن يتزوج من غير قاديانية وكأنه بذلك يعامل المسلمين معاملة أهل الكتاب .

المصنف الثاني : من لهم شبهة كتاب ، هؤلاء هم المجوس الذين يعبدون النار فقد قيل إن الله أنزل على نبيهم وهو زرادشت كتاباً فحرقوه وقتلوا نبيهم فرفع الله هذا الكتاب من بينهم .

المصنف الثالث : من لهم كتاب سماوي يؤمنون به كاليهود الذين يؤمنون بالتوراة والنصارى الذين يؤمنون بالتوراة والإنجيل . فالمصنف الأول يحرم على المسلم أن يتزوج بواحدة منه تحريماً مؤقتاً حتى تؤمن بالله .

كما لا يجوز للسلمة أن تتزوج برجل من هؤلاء إلى أن يؤمن لقوله تعالى « ولا

تكنحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا
تكنحوا المشركين حتى يؤمنوا ولبعد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم
أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه « البقرة / ٢٢١ » .

كما لا يجوز الزواج بين ابتداء لا يجوز بقاء . فبما إذا أسلم واحد منهم وكان
متزوجاً بمن تشاركه في عقيدته ولم تدخل في الإسلام فإنه يفرق بينهما^(١)
ويقضى ذلك الزواج . لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » الممتحنة / ١٠ .

والمراد بالكوافر للمشركات . ولفظ المشرك وإن كان يتبادر منه عبدة الأوثان
وكل من عبد غير الله في لغة القرآن إلا أنه في عرف الشرعيين - بعد وجود
طوائف عديدة - يشمل هؤلاء جميعاً .

يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير ج ٣ ص ٣٣٧ : يدخل في عبدة الأوثان
الزنادقة والباطنية والأباحية وكل من اعتقد مذهباً يكفر به معتقده لأن اسم
المشرك يتناولهم جميعاً .

والحكمة في تحريم زواج المسلم بمن لا دين لها أن الزواج مشروع للأغراض

(١) وهل تقع الفرقة بينهما بمجرد الإسلام أو تتوقف على شيء آخر . فأبو حنيفة يقول إذا
كان في دار الإسلام لا تتمحل الفرقة بل يبرأ الإسلام على الآخر فإن أباه وقمت الفرقة بينهما
وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انتضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقمت الفرقة . فأنت
كان الأباء من الزوج كانت الفرقة طلاقاً ، وأن كان من الزوجة كانت الفرقة فسخاً لأنها لا
تلك الطلاق ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان قبل الدخول أو بعده . والشافعية والحنابلة إن
كان قبل الدخول تمحلت الفرقة بينهما وإن كان بعد الدخول يقف التفريق إلى انتضاء العدة
لأن الآخر ربما أسلم قبل انتضاءها . وإذا انتقضت العدة وقع التفريق منذ اختلاف الدين ويكون
التفريق طلاقاً ، وقال مالك إن أسلم الرجل والمرأة حاضرة عرض عليها الإسلام ثم فرق بينهما
إذا أبت وأن كانت غائبة تمحلت الفرقة . وإذا أسلمت أو لا وقف على انتضاء العدة ، للفتى
ج ٦ ص ٦١٤ وما بعدها .

الكريمة التي بينهاها فيما سبق ، وزواج المشرك لا يحقق تلك الأغراض لبعدها ما بين الزوجين .

فهذا يؤمن بالله وكتبه ورسله واليوم الآخر وما فيه من ثواب وعقاب وتلك لا تؤمن بشيء من ذلك ، وكل منها يتمسك بما يمتدعه ويدافع عنه فيكونان على طرفي نقيض . وحياتها إما منازعة ومخاصمة فلا يتحقق للسكن ، وإما مسالة قد تستهوي فيها المرأة الرجل بما فيها من جمال ولين طباع وأحكام التدبير لجذب زوجها إليها . فتتزل قدمه فيتهاون في دينه أو يضيعه . وهذا ما يشير إليه قوله تعالى في الآية السابقة تعليلا للنهي عن ذلك الزواج « أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه » .

وأما المرتدة عن الإسلام فحزائوها إما القتل إن لم تنب على رأي أو الحبس الدائم حتى تعود إلى الإسلام أو تموت . ومع هذا أو ذاك كيف يحقق الزواج بها مقاصد الشارع منه .

فالمرتدة لا يجوز أن يتزوجها أحد مسلماً كان أو كتابياً أو مشركاً حتى ولو كان مرتداً مثلها لأنها لا دين لها تقرر عليها . والزواج يعتمد على الدين

وأما المصنف الثاني فقد اختلف الفقهاء في تحريم الزواج منه بناء على اختلافهم في هل لشبهة الكتاب من أثر ما للكتاب من أثر في حل التزوج أو لا ؟

فجمهور الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة يذهبون إلى تحريم تزوج المسلمين من نسائهم ، لأن حقيقة الجحوس أنهم يعبدون النار فيدخلون في عداد المشركين الذين لا يدينون بدين سماوي . وقد عدم القرآن فرقة مفارقة لأهل الكتاب في قوله تعالى « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئين والنصارى والمجوس والذين أشركوا إن الله يفصل بينهم يوم القيامة » الحج / ١٧ . كما بين لنا رسول الله أنهم ليسوا بأهل كتاب ولا يحل التزوج منهم في قوله « سنوا بهم

سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم) وهذا يدل على أنه لا كتاب لهم وهو يأمر المسلمين أن ياملوهم معاملة أهل الكتاب في حقن دماهم وإقرارهم بالجزية دون التزوج بنسائهم وأكل ذبائحهم .

وخالف داود الظاهري فذهب إلى حل التزوج بالمجوسية نظراً لشبهة الكتاب ، ولعل الحديث لم يصله وإلا لقال بمقتضاه . ويوافقه في ذلك أبو ثور من أصحاب الشافعي كما يقول ابن قدامة ^(١) وغيره .

والجعفرية لهم في ذلك رأيان . رأي بالحل وآخر بالحرمة ، واختلف علماءهم في الترجيح بين الرأيين فمنهم من يرجح الحل ومنهم من يرجح الحرمة ^(٢) .

وأما الصنف الثالث : فيحل التزوج بنسائه عند جماهير الفقهاء لقوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » المائدة / ٥ . والمراد بأهل الكتاب في هذه الآية أهل التوراة والإنجيل . وهم اليهود والنصارى ومن وافقهم في أصل دينهم لأن القرآن يخاطب هاتين الطائفتين من قبلنا بيا أهل الكتاب وهو دليل على ذلك ، ومع تصريح الآية بحل المحصنات من أهل الكتاب الذي اتفق عليه جماهير الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في هل هذا الحل مطلق أو أنه مقيد ؟

وهذا الاختلاف وقع في أمرين :

أولهما : هل يشترط في حل الكتابية أن يكون أبواها كتابيين أو يكفي أن يكون أحدهما كتابياً والآخر وثلياً أو مجوسياً ؟

ينهب الخنابلة والشافعية في الأظهر عندهم إلى أنه يشترط في حلها أن يكون أبواها كتابيين فلو كان أحدهما كتابياً والآخر غير كتابي لا تحل

(١) المفتى ج ٦ ص ٥٩١ .

(٢) المختصر المنقح ص ٢٠٣ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٩ .

حتى ولو كانت بالغة واختارت دين أهل الكتاب ، لأنها ليست خالصة من أهل الكتاب لأنها مولودة بين من يحل ومن لا يحل ^(١) ، والحنفية يكتفون بكون أحدهما كتابياً لأنها تكون تابعة لأفضلها ديناً فتعطى حكم أهل الكتاب كباو كان أحد الأبوين مسلماً فإن الولد يتبع خير الأبوين ديناً ^(٢)

ثانيهما : إن الكتابية إذا اعتقدت التثليث أو قالت عزيز ابن الله أو المسيح ابن الله فهل يمنع من حل زواجها للمسلم ؟

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمسلم التزويج بها لأنها تدخل في المشاركات التي منع القرآن نكاحهن ، واستدلوا على ذلك بأن القرآن وصف ذلك بالشرك في قوله تعالى « لقد كفر الذين قالوا إن الله هو المسيح ابن مريم » وقال المسيح يابني إسرائيل اعبدوا الله ربي وربكم إنه من يشرك بالله فقد حرم الله عليه الجنة ومأواه النار وما للظالمين من أنصار. لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة وما من إله إلا إله واحد وإن لم ينتهوا عما يقولون ليمسن الذين كفروا منهم عذاب أليم أفلا يتوبون إلى الله ويستغفرونه والله غفور رحيم . ما المسيح ابن مريم إلا رسول قد خلت من قبله الرسل وأمه صديقة كانا يا كلان الطعام انظر كيف نبين لهم الآيات ثم انظر أني يؤفكون . قل أتصعدون من دون الله ما لا يملك لكم شراً ولا نفعاً والله هو السميع العليم « المائدة ٧٢/٧٦ .

وفي قوله « وقالت اليهود عزيز ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ذلك قولهم بأنفاهم يضاهئون قول الذين كفروا من قيل قاتلهم الله أني يؤفكون . اتخذوا أبحارهم وربياتهم أرباباً من دون الله والمسيح ابن مريم وما أمروا إلا ليعبدوا إلهاً واحداً لا إله إلا هو سبحانه عما يشركون » التوبة / ٣٠ ، ٣١

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٩٢ وشرح النهاج ج ٢ ص ١٥٢ الشافعية وعبارته « وتحرّم متولدة من وثني وكتابية وكذا عكسه في الأظهر »
(٢) القبدائع ج ٢ ص ٢٧١ .

وذهب الجمهور إلى أنه لا يمنع من حل زواجها لأن آية الحل جاءت مطلقة لم تقيد بما يقيد غير أنها من أهل الكتاب. والقرآن عطف المشركين على أهل الكتاب في أكثر من آية والعطف يقتضي المناصرة بين المعطوف والمعطوف عليه . منها قوله تعالى « لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا » المائدة / ٨٤ .

وقوله « ما يؤد الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين أن ينزل عليكم من خير من ربيكم » البقرة / ١٠٥

وقوله « لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة » البينة / ١ .

وقوله « إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين في نار جهنم خالدين فيها أولئك هم شر البرية » البينة / ٦ .

وقوله « لتبطلن في أموالكم وأنفسكم ولتسمعن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيراً » آل عمران / ١٨٦

تلك وجهة كل من الرأيين . فأصحاب الرأي الأول يقولون : إن القرآن وصف هؤلاء بالشرك ، فيدخلون في المشركين المحرم الزواج بنسائهم ، وأصحاب الرأي الثاني يمنعون دخولهم في المشركين لأن الله عدم طائفة أخرى غير المشركين إستناداً إلى قضية العطف .

ونحن نقول : إن من يتأمل منهج القرآن في عرضه لطوائف غير المسلمين يجد اقتصر على ذكر طوائف أربع . المشركين وأهل الكتاب من اليهود والنصارى ، والمجوس والصائبين لأن هؤلاء هم المروفون للعرب إما بوجودهم في بلادهم أو بمجاورتهم لهم في العراق والبحرين ، ولم يعرض للبراهمة والبوذيين وغيرهم لوجودهم في بلاد بعيدة لا صلة للعرب بهم فاكفى في خطابهم بما يعرفون .

وحين عرض لتزوج المسلمين نساء هؤلاء جميعاً حرم طائفة وأهل طائفة ، فحرم المشركات وأهل الكتابيات بنصين صريحين وسكت عن التصريح بحكم الزوج من غيرهم . فكأنه وضع أساس الحل والحرمه فالمشركون الذين لا يلتقون مع المسلمين في شيء حرم نساءهم ، وأهل الكتاب الذين لهم كتاب مماوي يقرهم من المسلمين فيلتقون معهم في منتصف الطريق أحل نساءهم .

ويبقى ما وراء هؤلاء موكولا إلى الشبه . فما أشبه المشركه ألحق بها في الحرمة . وما أشبه للكتابية ألحق بها في الحل .

وإذا كان القرآن حين نزوله وصف بعض أفعال أهل الكتاب بالشرك فهل كان هذا الوصف أبرز صفاتهم حتى يزول عنهم وصف أهل الكتاب ويدخلهم في المشركين ؟

الحق أن ذلك لا يخرجهم عن كونهم أهل كتاب حيث جعلهم الله في أكثر من آية صنفاً أو صنفين في مقابلة المشركين والقرآن لا يناقض بعضه بعضاً ، ولأن الظاهر الذي يتبادر إلى الذهن من مفهوم لفظ المشركين في عصر التنزيل أنهم مشركوا العرب إذ لم يكن لهم كتاب ولا شبهة كتاب بل كانوا أميين .

وعلى ذلك يكون المراد بالمشركات في آية البقرة المحرمه للزواج مشركات العرب ، ويلحق بهن كل من لا تدين بدين مماوي . وتبقى آية المائدة المحالة شاملة للكتابيات عامة .

ولو فرضنا أن الكتابيات بما صدر منهن يدخلن في المشركات وكانت آية البقرة شاملة لمن تكون آية المائدة المحالة لمن خصصة لعموم الآية الأولى لأنها أخص منها وهي متأخرة في النزول عنها حيث أن سورة المائدة من أواخر القرآن نزولاً وليس فيها شيء منسوخ . حيث إنها أحلتهم بعنوان المحصنات من الذين أوتوا الكتاب، وهذا الوصف باق لمن حق بعد صدور ما يقتضى الحكم

عليهن بالشرك . فتكون الكتابية من المحلات للمسلمين حق ولو صدر منها ما يقتضي وصفها بالشرك ، لأن القرآن أحلها بعد أن قالت : « عزيز ابن الله » والمسيح ابن الله ، والله ثالث ثلاثة الموجب لوصفها بالشرك » والله أعلم .

هذا هو موقف جماهير الفقهاء من أهل السنة من زواج الكتابية .

والجعفرية آراء في ذلك اختلفوا في التراجع بينها .^١ فقل لا يجوز مطلقاً ، وقيل يجوز مطلقاً مع الكرامة ، وقيل لا يجوز دائماً ويجوز متعة ، وقيل يجوز مع الاضرار وعدم وجود المسلة . وقد قيل إن هذا الاختلاف نشأ من وجود أدلة متعارضة في الزواج بغير المسلة . فمنهم من رجح دليلاً على آخر ، ومنهم من حاول الجمع بين تلك الأدلة^(١) .

والحكمة في حل زواج الكتابية دون المشرقة أن الكتابية تتفق مع المسلم في الإيمان بالله والرسول واليوم الآخر وكثير من الفضائل . واختلافها إنما هو في رسالة محمد ﷺ وما جاء به من كتاب .

فلهذا الاتفاق حل الزواج بها لإمكان العشرة بينها المحققة للأغراض التي شرع لها الزواج في الجملة ، ولهذا الاختلاف الأخير كان الأولى بالمسلم أن يتزوج المسلة متى وجدها ، وقد قرر أكثر الفقهاء الذاهبين إلى حل التزوج بالكتابية أنه مكروه وتشتد الكراهة إذا كانت في دار الحرب حيث يفقد الزوج سلطانه عليها وربما مال قلبه إليها فتفتته في دينه أو تؤثر في أولاده منها .

وقد كان عمر رضي الله عنه ينهى عن التزوج بالكتابيات خشية الفتنة

(١) المختصر للتابع ص ٢٠٣ ، وشرائع الإسلام ج ٢ ص ١٩ . وفقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢١٠ والأحوال الشخصية للشيخ محمد جواد مقنية وقد قال في الكتاب الأخير أن فقهاء الإمامية في هذا العصر يميزون تزوج الكتابية دولاً ، والحاكم الجعفرية في لبنان تزوج المسلم من الكتابية وتسجل الزواج وتزويج عليه جميع الآثار .

والحاق الضرر بالمسلمات . جاء في كتاب الآثار للأمام محمد بن الحسن ص ٧٥ عن إبراهيم عن حذيفة أنه تزوج يهودية بالمداخن . فكتب إليه عمر: أن خل سبيلها ، فكتب إليه: أحرام هي يا أمير المؤمنين ؟ فكتب إليه عمر : أعزم عليك أن لا تضع كتابي هذا حق تحلي سبيلها ، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة للجاهن وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين ، ويذكر ابن قدامة في كتابه المغني ^(١) أن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب : طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر : طلقها . قال : تشهد أنها حرام ؟ قال : هي خمرة طلقها ، قال : قد علمت أنها خمرة ولكنها في حلال فلما كان بعد طلقها ، فقيل له : ألا طلقها حين أمرك عمر ؟ قال : كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي ^(٢) .

فليت الذين يتسابقون في التزويج بالأجنبيات من أهل الكتاب يتدبرون تلك الممان التي من أجلها منع الفاروق بعض الصحابة من الإبقاء على زواجهن ، وحكم أكثر الفقهاء عليه بالكراهة ، لئتم يفكرون بمقولهم ولا يسرون وراء هذا السراب الخادع ، ولا يغرّنهم إسلام هؤلاء بعد الزواج أو قبله فإنه إسلام ظاهري لفرض ، ولا أدل على ذلك من أن أغلب هؤلاء حق بمعد إسلامهن الصوري يطعنن بيوتن بطابع غير إسلامي مما لا يخفى على أحد .

تنبيه : مما ينبغي التنبيه عليه هنا أن الكتابية التي تزوجها مسلم إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لا خلاف في ذلك ، لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم ، فحق كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان بمعد الدخول انفسخ في الحال على

(١) ج ٦ ص ٥٩٠ .

(٢) والإمام الطبري في تاريخه ج ٦ ص ١٤٧ يروي هذه الواقعة ويبين السبب في إقدامهم على ذلك الزواج وهو عدم وجود الملمات بعد انتصارهم في موقعة القادسية ولما زالت الضرورة كتب إليهم عمر كتابه بالطلاق .

رأي ، وفي رأي آخر يتوقف على انقضاء العدة لأنها ربما تمود فإن رجعت بقي الزواج وإن لم تعد انفسخ العقد ، وهل يقبل منها الرجوع إلى دينها التي كانت عليه أو لا يقبل منها إلا الإسلام وأيان للفقهاء .

وإذا انتقلت إلى دين آخر من أديان أهل الكتاب كان كانت نصرانية فتهودت أو بالعكس فالخفية وأحد في رواية لا فسخ لأنها تقر عليه وهو قول للشافعي . وفي قول آخر له ورواية عن أحمد أنها لا تقر عليه فيفسخ العقد ^(١) .

بقي أن يقال : إذا كان هذا التقارب بين المسلمين وأهل الكتاب أباح تزوج المسلم بالكتابية فلم لم يبيح العكس فتتزوج المسلمة الكتابي ؟ والجواب أن طبيعة الزواج تجعل للزوج سلطاناً على زوجته لئلا ياله من القوامة عليها الرجال قوامون على النساء ، فقد يستعمل هذا السلاح في التأثير عليها فيطمئن في دينها حيث لا يؤمن بنبيها وكتايبها وهي ضعيفة لا تستطيع إنقاذ نفسها عند الخطر لأن مفتاح الخلاص وهو الطلاق ليس في يدها وهي بين أمرين أحلاهما مر فأما أن تدافع عن دينها فتسوء العشرة بينها أو تستسلم فتقع مضطرة تحت تأثيره وتفتن في دينها لهذا وإذا حرّمها الشارع على غير المسلم بخلاف العكس فإن الكتابية لو طمعت في دين زوجها المسلم فإنه يستطيع الدفاع بما له من سلطان أو يتخلص بالطلاق وإن تخاذل أسلم نفسه إلى عقاب شديد في الآخرة .

ولأن الإسلام لما أباح للمسلم للتزوج بالكتابية نهاه عن إكراهها على الخروج من دينها ، أما الأديان الأخرى فليس فيها هذا الضمان ، لأن المسلم يؤمن بجميع الرسل ومنهم موسى وعيسى عليها السلام فلا يتصور منه الطعن فيها ، أما الكتابي فلم يمد إيمانه بختام الرسل وبالكتاب المنزل عليه لا يبعد منه أن يطعن

(١) المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٩٤ وشرح المنهاج ج ٣ ص ٢٥٣ .

ففيها ويحاول جاهداً أن يخرج زوجته المسلة منه وبخاصة إذا كان متعصلاً لدينه .

لذلك كله جاء القرآن محرمًا زواج المسلمة بغير المسلم عموماً أو بقاءها في عصمته بعد إسلامها إذا كانا غير مسلمين حين الزواج. يقول جل شأنه : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مِهْجَرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ إِنَّهُنَّ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا مِنْ حِلٍّ لِهِنَّ وَلَا لَهُمْ بِمَا يَفْعَلُونَ وَلَئِنَّكُمْ إِذْ أَتَاكُمْ هُنَّ لَمُتَّحِنَاتٌ لِمَا بَيْنَ يَدَيْكُمْ فَاصْلَحُوا لَعَلَّكُمْ تَعْلَمُونَ » (النساء / ١٠) .

فهذه الآية حرمت المؤمنات على الكفار تحريماً صريحاً ولفظة الكفار عام
بشمل كل من ليس بمسلم سواء أكان مشركاً أم كاثلياً . وقد فهم الصحابة هذا
المعنى وإن كان سبب نزولها قصص أزواج مشركين ورد ذلك في عدة آثار
صحيحة فرق فيها الصحابة بين النصراني وزوجته إذا ما أسلمت . منها أن
رجل من بني ثعلبة أسلمت زوجته وأبى أن يسلم ففروا عمر بينهما . وروي عن
ابن عباس أنه قال : إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهي أم لك نفسها ^(١) .

وكما يفرق بين الزوجة عند إسلامها وزوجها غير المسلم كذلك يفرق بين الزوجة وزوجها المسلم إذا ارتد عن الإسلام مسلمة كانت أو كاتبة لأنه لا بقاء للزواج بدون دين في نظر الإسلام، والمرتد أثناء رده لا دين له يقر عليه حق ولو انتقل إلى دين سماوي آخر غير الإسلام، ولا يجوز له بعد رده التزوج بمسلمة ولا كاتبة ولا مرتدة مثله لأنه يستحق القتل فزواجه لا يحق أغراض الزواج.

وأما الصابئون وقد عدّهم القرآن فرقة أخرى غير أهل الكتاب يقول سبحانه : « إِنْ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئُونَ وَالنَّصَارَى مِنْ آمَنَ بَاهُ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَعَمِلُوا صَالِحًا فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا يُحْزَنُونَ » / المائدة / ٦٩ .

(١) المرجع السابق .

وقد كانوا في الأصل يعظمون الكواكب السبعة واتخذوها آلهة عبدوها فهم من عبدة الأوثان . فلمّا أزال الفرس دولتهم بالعراق ، وإجبرهم قسطنطين على الدخول في النصرانية بعد تنصره تركوا عبادة الأوثان ظاهراً وظل عدد كبير منهم على ملته الأولى مستخفين في عبادتهم . ولما جاء الإسلام دخلوا في جلة النصارى وكنعوا أصل اعتقادهم وأخفوا عبادتهم ولم طرق عجيبة في الإخفاء فاشتبه أمرهم على المسلمين فمن نظر إلى ظاهرهم ظنهم من النصارى فأعطاهم حكمهم وجوز التزوج منهم كما روي عن أبي حنيفة والشافعي وأحمد ^(١) .

وأبو يوسف ومحمد لما عرفوا حقيقة أمرهم منعو التزوج من نسائهم .

ويقول ابن قدامة : والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم من وافقوهم ، وإن خالفوهم في أصل الدين فليسوا منهم ، ومثله في شرح المنهاج للشافعية ، وهذا هو الصحيح فيهم لأن القرآن وضع لنا أساس حل التزوج من غير المسلمين فجعل المانع هو الشرك وجعل المبيح وجود الدين السماوي فلنضع كل من لم يتضح حاله على هذا الميزان فإذا ظهر أنه يوافق أحد الفريقين يأخذ حكمه .

(١) المبني ج ٣ ص ٥٩٠ . البدائع ج ٢ ص ٢٧١ شرح المنهاج ج ٣ ص ٢٤٢ ولا أدل على الاشتباه من أنه روي عن الإمام أحمد روايتان . فروي عنه أنهم جنس من النصارى ربي أخرى يقول : بلغني أنهم يثبتون قبولاً يشبهون اليهود .

المبحث السادس

في جمع الرجل بين أكثر من أربع زوجات في عصمته

ويتحقق هذا بزواج الخامسة^(١) فمن جمع بين أربع زوجات يحرم عليه أن يتزوج بخامسة تحريماً مؤقتاً حتى ينتهي زواجه من إحداهن إما بالموت أو الطلاق .

فإذا فعل ذلك كان المقد فاسداً يجب عليه أن يفارقها فإن لم يفعل فرق القاضي بينها فإن كان قبل الدخول لا تستحق شيئاً وإن كان بعده وجب لها مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهراً أو الأقل من المسمى ومهر المثل إن وجدت التسمية .

يستوي في ذلك كون الأربع زوجات حقيقة كلهن أو بعضهم زوجات والبعض معتدات أو كلهن معتدات ، فلو كان متزوجاً بأربع وطلقهن طلاقاً رجعياً حرم عليه التزوج بخامسة قبل انتهاء عدتهن أو انتهاء عدة إحداهن إذا سبقت الأخريات بإتفاق الفقهاء .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحنفية يعمون التزوج أيضاً حتى تنتهي العدة ، والمالكية والشافعية والجمهورية يذهبون إلى حل التزوج في العدة . وقد شرحنا هذا الخلاف فيما سبق عند الكلام على الجمع بين محرمين ، والدليل على هذا التحريم قوله تعالى : « فإن خفت ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم

(١) من مراجع هذا البحث ، تفسير أبي بكر الجصاص ج ١ ص ٣٠٩ وما بعدهما ، والبحر المحیط لأبي حيان ج ٣ ص ١٦٤ وتفسير للنار ج ١ ص ٣٤٠ وما بعدهما ، ج ٥ ص ٤٤٨ ، وتفسير القرطبي ج ٥ ص ١٢ وما بعدهما ومتن الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٦ والمغني لابن قدامة ج ٦ والإسلام شريعة وعقيدة للأستاذ الأكبر للشيخ محمود شلتوت ، وكتب الفقه في المذاهب المختلفة .

من النساء^(١) مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ، / النساء / ٣ ، فهذه الآية جاءت لبيان العدد المباح من الزوجات وقد جمعت غايته أربعاً . ولو كانت الزيادة مباحة لما اقتصر على هذا العدد .

ثم جاءت السنة الشارحة مؤكدة لذلك فكان العربي إذا أسلم مع زوجاته وكان يجمع أكثر من أربع أمره رسول الله أن يمسك أربعاً منهن ويفارق الباقي فقد روى أحمد والترمذي وابن ماجة عن ابن عمر : أن غيلان الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً ويفارق سائرهن^(٢) .

وروي أحمد وأبو داود عن قيس بن الحارث قال : أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأثبت النبي ﷺ فقلت له ذلك فقال : اختر منهن أربعاً^(٣) .

هذا هو العدد الذي جاء الإسلام بإباحته من الزوجات كما نطقت به الآية وأكفته السنة ولم يؤثر عن أحد من الصحابة ومن جاء بعدهم من يعتد بإسلامه أنه زاد على هذا العدد لا في خاصة نفسه ولا في فتواه لغيره ، فما ذهبت إليه طائفة أنه يجوز للرجل أن يجمع في عصمته تسع زوجات زعماً منهم أن آية الحل دلت عليه لأنها عطفت هذه الأعداد بالواو وهي تقييد الجمع ومجموعها تسعة بعيد عن مدلول الآية .

وأبعد منه ما ذهبت إليه طائفة أخرى من إنه يجوز الجمع بين ثمان عشرة

(١) مثنى وثلاث ورباع معناها التين التين وثلاثة وثلاثة وأربعة أربعة فهي ألفاظ مفردة معمول بها عن تلك الأعداد للكررة لأن الخطاب للجميع ليسبب كل من يريد الجمع التين أو ثلاثة أو أربعة رجاء العطف بالواو دون أولاته لر عطف بأول أفراد أنه لا يباح لهم إلا أعدادها التين فقط أو ثلاثاً فقط أو أربعاً فإذا اختار واحداً منها امتنع عليه غيره لأن أو للتخيير .

(٢) منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٣٦ .

(٣) الفتني لابن قدامة ج ٦ ص ٢٢١ .

زوجة تكلفاً في تفسير الآية قائلين: إن مثنى معناها اثنين اثنين وكذلك ثلاث ورباع وقد عطف بالواو المقيدة للجمع ومجموعها ثمانى عشرة ، لأن كلا من التفسيرين يخرج الآية عن الأسلوب العربي الفصحى فضلاً عن كونها غاليتين للسنة الصحيحة وإجماع الصحابة المعلى ، لأن العربي إذا قال : وزع هذا المال على المحتاجين درهمين درهمين وثلاثة ثلاثة وأربعة أربعة لا يريد بذلك إعطاء كل محتاج ثمانى عشرة وإنما يريد به اعطى بعضهم درهمين فقط ، وبعضهم ثلاثة فقط ، وبعضهم أربعة فقط ، وللموزع الخيار في التخصيص . ولو أراد إعطاء كل واحد هذا المجموع لصرح بالعدد الموضوع له وإلا استقيم منه ذلك فالواو في الآية - كما يقول القرطبي - للبدل لا للجمع وتقديرها : انكسروا ثلاثاً بدل اثنين وأربعاً بدل ثلاث .

المبحث السابع

في الجمع المشروع

شرع الله تعدد الزوجات . وبعبارة أدق أقره بعد أن حدده وقصره على أربع وجعله مرتبطاً بالعدل والمساواة بين الزوجات بباح عند الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور ، فإذا انتهى الوثوق وخيف توقع الظلم فالتعدد حرام « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم » .

وهناك قيد آخر هو القدرة على الاتفاق على أكثر من زوجة ، لأن القدرة شرط في إباحة أصل الزواج . لقوله تعالى : « وليستغف الذين لا يحيدون نكاحاً حقاً بفنيهم الله من فضله » ، ولقول رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج » ، فإذا توفر الأمران الوثوق من العدل ، والقدرة على الاتفاق ومتطلبات المعيشة الزوجية الثنائية أو الثلاثية جاز التعدد ، وإن

انعدما أو انعدم أحدهما حرم التعدد وأثم فاعله . لكن هذا التحريم ديني لا يقع تحت سلطان القضاء ، لأن العدل أمر نفسي لا يعلم إلا من جهته ، والقدرة على الأنفاق أمر نسبي ليس له ميزان واحد يحده فيها متروكان إلى الشخص بقدرهما ولأنها يتملكان بالمستقبل ، فالعاجز قد يصير قادراً والظالم قد يتبدل حاله فيعدل ، فإذا عقد العقد دون تفرغ الشرطين أو أحدهما يكون العقد في ذاته صحيحاً لأن هذه ليست شروط صحة كما سبق بيانه ، بل يكون فاعله آثماً إن وقع منه جور أو عجز عن الأنفاق بحاسبه الله عليه .

فإباحة التعدد ليست إباحة مطلقة بل مقيدة . وتلك القيود تكاد تحصره في دائرة ضيقة فمجرد خوف ^(١) الجور والظلم مانع منه ، ومن يقرأ الآية التي أباحت التعدد يحدها لم تقرضه بحيث يكون لازماً لكل شخص وليس فيها ما يدل على استحصانه والترغيب فيه وإنما مجرد إباحة ، بل من يمن النظر في أسلوها وربطها بسابقتها مع واقع الناس حين زولها يحدها لم تأت للإباحة الأصلية ولا لإباحة شيء غير موجود أو ممنوع ، وإنما جاءت لتقييد تعدد الزوجات الذي كان موجوداً بصورة تصل إلى حد الفوضى . فهي إذن جاءت للحد من الجمع والتقليل من عدد الزوجات ومراعاة العدل بينهن . لأنها - كما يقول المنسرون - نزلت في شأن الأولياء الذين تخرجوا من الولاية على اليتامى والزواج بين خوفاً من الوقوع في ظلمهم وأكل أموالهم بمسد الأمر بأيتانهم أموالهم ونهبهم عن أكل تلك الأموال ووصف ذلك بأنه أثم كبير في الآية السابقة عليها .

نزلت لتبين لهم نوعاً آخر من الظلم كانوا واقعين فيه وهو ظلم النساء بالزوج بعدد غير محصور دون مراعاة العدل بينهن لأنه لا يكفي في ترك الظلم أن يتركه الشخص في موضع دون غيره ، وكأنه سبحانه يقول لهم : إن خفتم

(١) الخوف : توقع ما يكره بوقوع بعض أسبابه أو ظهور أماراته .

ألا تقسطوا في اليتامى فتخرجتم من الولاية عليهم أو الزواج منهم فكذلك خافوا الوقوع في ظلم النساء وقتلوا عدد الزوجات واقتصروا على أربع فإن خفتم الجور في الزيادة على الواحدة فاقتصروا عليها أو استتموا بما ملكت أيديكم من الإماء، لأن هذا الاقتصار أقرب إلى عدم الوقوع في الظلم والجور . فالآية تشرح لهم طريقة التخلص من جور النساء كما بينت لهم الآية السابقة طريقة التخلص من ظلم اليتامى .

المراد بالعدل المشروط لأباحة التعدد :

إذا كانت الآية أباحت التعدد وقصرته على ذلك العدد وربطت هذه الأباحة بأمن العدل فلا بد أن يكون ذلك العدل مستطاعاً للإنسان ليصح التكليف به عند إرادة التعدد وليتفق مع ما وقع من رسول الله وأصحابه ، والعدل المستطاع هو التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة من الثقة والمبيت وحسن المعاشرة ، أما ما لا يدخل تحت قدرة الإنسان ولا يملكه وهو العدل الكامل الشامل للعقل والقلب والمحبة فغير مكلف به . وهو المنفي في قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفوراً رحيماً » / النساء / ١٢٩ .

فإن هذه الآية نزلت بعد الآية الأولى ، « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » كما يدل عليه سياقها لأنها نزلت ضمن آيات الاستفتاء في النساء ، « ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن ومما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤمنن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحنهن والمستضعفين من الولدان وأن تقوموا لليتامى بالقسط » .

وكانت فتوى من الله جاءت رداً على الذين كان عندهم زوجتان أو أكثر قبل نزول آية التعدد والذين تزوجوا بعدها ثاوين العدل بين الزوجات وفهموه أنه

العدل في كل شيء حتى في الحبة قتين لهم أن العدل الكامل بين النساء ليس في مقدورهم فلا يتعلق به التكليف .

وكانه سبحانه يقول لهم : « مها حرصتم على أن تسوا بين المرأتين في كل شيء فلن تستطيعوا ذلك بحرصكم عليه . وإذا كان الأمر كذلك فلا تملوا كل الميل إلى من تحبونها بطبيعتكم فتمرضوا عن الأخرى إعراضاً تاماً حتى تكون كالمعلقة لا هي متزوجة تتمتع بحقوق الزوجية وتعامل معاملة الأزواج ولا هي مطلقة تستطيع أن تبعت لها عن زوج آخر . وإن تصلحوا في معاملة النساء وتنتقوا ظلمهن وتفضل بعضهن على بعض فيما يدخل تحت اختياركم من المعاملات كالقسم في الميث والنفقة فإن الله يقفر لكم ما دون ذلك مما لا يدخل تحت الاختيار كالحبة ولوازمها الطبيعية من زيادة الأقبال والبشاشة .

وهذا يدل على أن العدل المثلى هو العدل الكامل الذي يشمل أعمال القلوب الذي يحرص عليه أهل الدين والورع لأنه غير مستطاع » ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ، والميل المنهي عنه هو الميل التام الذي يتمدى إلى الأمور الظاهرة ويقترب عليه إهمال إحدى الزوجتين إهمالاً تاماً .

وهذا الميل المنهي عنه هو الذي حذر منه رسول الله وبين عاقبته في الآخرة فيما رواه أصحاب السنن عن أبي هريرة أن رسول الله قال : « من كانت له امرأتان يميل لأحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يمر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً » (١) .

أما مجرد الميل والمحبة الذي لا يتمدى إلى ما وراء ذلك فليس منهياً عنه

(١) متفق الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٤ .

لعدم قدرة الإنسان على دفعه أو التسوية فيه . وهذا ما عناه رسول الله فيأروته عائشة أم المؤمنين قالت : كان رسول الله يقسم فيعدل ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » (١) .

وسيرته في القسم بين نسائه رغم ميله القلبي إلى عائشة أكثر من غيرها - مثل أعلى يحتذى به فلم يؤثر عنه أنه فضل واحدة على غيرها في معاملته فلم يكن يدخل على واحدة في نوبة الأخرى إلا بأذنها ولجود السلام حتى أنه في مرضه الأخير كان يطاف به على بيوت زوجاته عمولا على الاكتاف ولم يرض الإقامة في بيت إحدا من خاصة محافظة على العدل بينهن إلى أن علموا رغبته في المقام عند عائشة لما سألهن « أين أكون غداً » فرضين بمقامه عندها وكان إلى توفي صلوات الله وسلامه عليه .

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يقسم بين نسائه ويقول : « اللهم قلبي فلا أملكه وأما ما سوى ذلك فأرجو أن أعدل فيه » فقد فهم أن العدل المنفي غير العدل المشروط في إباحة التعدد .

وبما يدل أيضاً على اختلاف العدل في الآيتين أن الثانية نفت استطاعته بلن التي لتأييد النفي فهو غير ممكن والأولى علققت الأقتصار على واحدة على خوف انتفائه . وفي الخوف رجاء وظن غالباً وهو دليل إمكانه في ذاته .

وهذا يتبين لنا فساد رأي من فسر العدل في الآيتين بمعنى واحد ليصل إلى نتيجة توافق هواه بعيدة عن مقصد الشارع فقال : إن الله شرط إباحة التعدد بالعدل بين الزوجات في الآية الأولى ، وأن هذا العدل غير مستطاع بدلالة الآية الثانية وسينشئ يكون التعدد غير مشروع لأنه علق على شرط مستحيل .

ونحن نقول لهذا المدعى : إذا كان العدل متحداً في الآيتين والتعدد غير مباح

(١) المرجع السابق ص ١٥٥ .

كما زعمت فما فائدة قوله تعالى في الآية الثانية بعد نفي استطاعة المعدل: «فلا تملوا كل الميل فتذروها كالملقاة» ؟

ثم ما معنى قوله سبحانه في الآية الأولى: «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» ؟ وكيف يقدم رسول الله وأصحابه على فعل تدعى - جهلا - أنه غير مشروع ؟

حكمة تشريع التعدد

إن إقرار الإسلام لتعدد الزوجات على الوجه الذي بيناه كان لعدة أسباب وله أكثر من فائدة ترجع إلى الرجل والمرأة وإلى المجتمع تحملها فيما يلي :

أولاً : جاء الإسلام والناس فريقان . فريق مضيق لا يبيع إلا زوجة واحدة وإن أدى إلى عنت الأزواج مما أدى إلى انحرافهم واتخاذ الخليلات ، وفريق موسع في التعدد لا إلى حد وإن ترتب على ذلك ظلم الزوجات وعدم المعدل بينهما فنظم الزواج وسلك به مسلكاً وسطاً بين هؤلاء وهؤلاء كما هو شأنه في كل تشريعاته . فأقر التعدد وقصره على عدد معين بالشروط السابقة . ففعل ذلك ليكون ملائماً لكل المجتمعات لأنه تشريع عام يخاطب الناس جميعاً على اختلاف ألوانهم وطبائعهم وفيهم المتدولون في ميولهم للنساء ومن تغلب عليهم الحسنة . ولا يتم للتشريع عمومته وملاءمته إلا إذا كان فيه وفاء بمحاجات الناس كلهم .

فكيف يفعل من تغلب عليه شهوته ولا تدفع حاجته بزوجة واحدة لكثرة ما يمرض لها من موانع الخاطلة الجنسية لو لم يبيع تعدد الزوجات على صورة تدفع عنه العنت وتغذب نفسه ؟ لا شك في أنه يقتض لنفسه باب الزنى واتخاذ الخليلات رغم تحريم الشارع له .

إذاً كان تعدد الزوجات ضرورة لا بد منها لهذا وأمثاله وإلا لتفترت منه

تلك الطائفة من الناس ، وكان من رحمة الله بهذه الأمة ليتفق مع تحريره للزنا تحريماً قاطعاً .

ولقد جرت سنة الله في تشريعه أنه كلما سد أمام عباده باباً من أبواب الحرام فتح لهم باباً من أبواب الحلال ، ولا يضيرنا أنكار المفكرين من غير المسلمين ونقدم لهذا التشريع فإنهم يجهلون حقيقته في الإسلام ويتصورونه على أنه يتحتم على كل مسلم أن يجمع في بيته أربعمائة من الزوجات بضياع حياته في التمتع بهن . على أن العقلاء منهم قد استحسنوا هذا التشريع لما بانت لهم مفسده ما هم عليه .

يقول شوبنهاور الفيلسوف الألماني : « ولقد أصاب الشرقيون مرة أخرى في تقريرهم لمبدأ تعدد الزوجات لأنه مبدأ تحتمه وتبرره الإنسانية ، والمعجب أن الأوروبيين في الوقت الذي يستنكرون فيه هذا المبدأ يتبعونه عملياً فما أحسب أن بينهم من ينفذ مبدأ الزوجة الواحدة على وجهه الصحيح » (١) .

ويقول جوستاف لوبون : « إن تعدد الزوجات المشروع عند الشرقيين أحسن من عدم تعدد الزوجات الرأى عند الأوروبيين وما يتبعه من موابك أولاد غير شرعيين » (٢) .

ثانياً : حصول الموازنة بين عدد الزوجات والرجال لأن الكثرة في كل أحصاء عام كانت في جانب النساء خاصة عقب الحروب التي يقل بعدها عدد الرجال ، فالزواج المتعدد لبقية الكثرات منهن من غير أزواج .

وإن المرأة التي لا تحظى بزواج مستقل تشعب أمامها السبل فلما أن ترضى

(١) مقالات الرحوم الشيخ محمد زاهد الكوثري ص ٢٢٢ .

(٢) الإسلام والحضارة العربية محمد كرد علي ج ١ ص ٨٩ .

بمشاركة غيرها في زوجها أو تعيش طول حياتها وحيدة بلا زواج فتמות
أنوثتها إن حافظت على عفتها ، أو تنزلق في طريق الفجوة وتسير في ركب
الشیطان ، ولو فكرت تلك المرأة بعقلها لاختارت أن تكون زوجة ثانية بل
ثالثة أو رابعة على أن تعيش مع واحد من الأمرين السابقين .

ثالثاً : قد تصاب الزوجة بمرض يحول بينها وبين الحياة الزوجية أو يتبين
أنها عقيم لا تلد والزوج يطلب الولد ولا يستطيع العيش مع امرأة مريضة وهو
يحرص لسبب أو لآخر على الإبقاء على تلك الزوجة الأولى . فكيف نمالج تلك
المشكلة لو لم يبح تعدد الزوجات ؟

إن من مصلحة الرجل في التزوج بأخرى ، ومن الخير للمرأة أن تبقى
زوجة مع أخرى بدلاً من طلاقها لتعيش بقية حياتها في ركن مظلم فاقدة الأمل
في العثور على زوج آخر لرضها أو عقمها .

وأما حكمة قصر الأباحة على أربع فلأن للزوجة على زوجها حقوقاً فإذا
شاركها غيرها وجب عليه العدل بينها والاقتصار على أربع أقرب إلى العدل
حيث يمود إلى إحداهن بعد ثلاث . وهو وإن كان فيه مضارة للزوجة إلا
أن هذه المدة اعتفرت في مواطن كثيرة . فيجوز الهجر للزوجة ثلاثاً ، وللمسلم
ثلاثاً ، والأحاديث على غير الزوج ثلاثة أيام ، والخيار ثلاثة أيام . فهذه الصور
وغیرها مستثناة على خلاف الأصول فكذلك لما كانت الشجاء والمضارة على
خلاف الأصل استثنى ثلاث زوجات يضاريهن زوجة أخرى (١) .

شبه تثار حول تعدد الزوجات :

بقي لنا وقفة مع ما يثار من وقت لآخر من أن تعدد الزوجات أداة لإفساد

(١) راجع الفروق الفرافي . الفرق الرابع والأربعون بعد المائة .

الأمر لما يقع بين الضرائر من منازعات ومشاحنات لا تقف عليهن بل تتمدى إلى الأبناء فينشأ أبناء الرجل الواحد متعادين متباغضين يزيد هذا النزاع ويشتد عندما يميل الرجل إلى إحداهن أكثر من غيرها ، وكثيراً ما يكون سبباً في تشرد الأبناء كما هو مشاهد معلوم .

كما أن فيه ظلماً للمرأة التي تدخل عليها امرأة أخرى بدون رضاها تشاركها حياتها وزوجها .

وجوابنا على ذلك : إن الإطّار الذي شرع الإسلام فيه تعدد الزوجات لا ينتج تلك الأضرار ، بل هو على العكس يدفع الضرر عن الناس ويرفع الحرج الذي يلحقهم ويحل كثيراً من مشاكل المجتمع .

وما نراه من آثار التعدد السيئة ليس راجعاً إلى التشريع في ذاته وإنما منشؤه انحراف الناس وإقدامهم عليه من غير حاجة وسوء تصرفهم بعدم العدل في هذه الحالة .

فكم من سفيه جعل غايته من تعدد الزوجات مجرد قضاء حاجته الجنسية وهذا يحمله على عدم العدل بينهن وبين أبنائه ، فهو يميل مع من صاهفت هوى في نفسه يؤثرها على غيرها بل ويسهل عليه التنازل عن ماله لها ولأبنائها . وفي هذا تعدد الحدود الله وظلم للأبناء الذين لا ذنب لهم إلا أنهم أبناء هذا السفيه .

وفي الحق إن الناس لو ساروا على الطريقة التي رسمها لهم الشارع والتزموا حدوده ما أنتج تعدد الزوجات هذه الشرور وتلك المآسي .

وأولى بالرجل الذي لا يجد حاجة ملحة إلى التعدد أولاً يأنس من نفسه العزم على إقامة العدل بين الزوجات أن يقتصر على امرأة واحدة حتى لا يجر على نفسه وأولاده البلاء .

أما أنه ظلم للمرأة ويلحق بها الضرر كما يقولون فإنه مع إقامة العدل يخف

ذلك الضرر ويتمين احتماله ، لأن المرأة بطبيعتها لا تقبل أن تكون زوجة لرجل متزوج إلا إذا كانت مضطرة ، فإذا نال الأولى ضرر بإدخال الثانية عليها فإن الثانية يشد ضررها إذا لم تتزوج . لأنها إما أن تعيش بلا زوج فتموت أوئتها أو تنزل في طريق الفجوة فتضيع كرامتها كإنسانة فوق ما تنتج من أولاد غير شرعيين ، ولا يخفي ما في هذا وذاك من أضرار جسيمة تهز المجتمع هزاً عنيفاً . وقد تقرر في القواعد : أنه إذا تعارض ضرران يدفع الأشد بالأخف » . أما مجرد العداوة التي تقع بين الزوجين فهو أمر طبيعي مبعثه حب الزوجة استئثارها بزوجها ويمكن التغلب على ذلك أو تخفيفه بقيام الزوج بواجبه من العدل بينهن . وهي في ذاتها لا تصلح سبباً لمنع التشريع مع ما يارتب عليه من الفوائد الكثيرة التي بينها فيما سبق .

على أن العداوة تحدث كثيراً بين الزوجة الواحدة وأقرباء زوجها ولم يمنع ذلك من إباحة الزواج ، لأنها وإن كانت شرّاً لكنه شر قليل إذا قيس بالخير الكثير الذي يارتب على الزواج .

كما أن مجرد عداوة أولاد الرجل الواحد من زوجتين لا يصلح مانعاً من الزواج وإلا لمعنا الرجل الذي ماتت زوجته وله منها أولاد من أن يتزوج بامرأة أخرى خشية أن ينجب منها أولاداً يتعادون مع أولاد الزوجة الأولى ولم يقل بذلك أحد .

هذا وإن مسألة تعدد الزوجات لا تزال تشغل بال الناس في كثير من البلدان العربية والإسلامية وبخاصة عندما يراد وضع تشريع عام للأحوال الشخصية فالتشريعات التي وضعت في بعض الدول منها ما منعه بل وعاقب عليه كالتشريع التونسي ، ومنها ما قيده بأن يكون بإذن القاضي كما في التشريع العراقي والسوري على اختلاف بينها فيما يشترط في الأذن .

أما في لبنان فليس فيها قانون يمنع تعدد الزوجات أو يقيده بأي قيد بالنسبة للمسلمين السنة والجفرين ، غير أن قانون الطائفة الدرزية منع التعدد في المادة العاشرة ونصها .

« ممنوع تعدد الزوجات فلا يجوز للرجل أن يجمع بين زوجتين وإن فعل فزواجه من الثانية باطل » .

أما في جمهورية مصر العربية فليس فيها إلى الآن تشريع يمنع تعدد الزوجات أو يقيده ، بل إن مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصية لم يعرض لشيء من ذلك . غير أنه عندما أعلن المشروع للناس قامت حواصف نسائية وشبه نسائية تطالب بمنع تعدد الزوجات أو تقييده على الأقل بإذن القاضي ولم تنته المشكلة إلى حل حينذاك حيث جاءت الحرب فاستكتت أصوات هؤلاء . ثم أثبتت المسألة مرة أخرى وأخذت دوراً كبيراً وألفت لجان لمناقشتها ولكنها وقفت مرة أخرى دون حل معين .

وفي رأيي أن وضع المسألة بيد القاضي لا يحل المسألة بل يزيدا تعقيداً لما يترتب على ذلك من أضرار كثيرة حيث يخرج عقد الزواج المشروع للسكن والمودة إلى عقد تبادل تشرفه أسرار البيوت أمام المحاكم ويعطي الأذن لمن لا يستحق إذا أحكم الحيلة ويمنع المستحق إذا أثر كتم الأسباب الحقيقية التي تدعوه إلى الزواج الثاني محافظة على كرامته وكرامة زوجته ، ثم يكون بعد ذلك إما زواج عرفي غير موثق لا تعترف الدولة بحقوقه أو سلوك طريق شائك غير مشروع .

خاتمة بحث التعدد للزوجات :

وخير ما ختمت به هذا البحث هو بيان الحكمة في جمع رسول الله ﷺ في عصمته أكثر من أربع زوجات . بعد أن أرجف المرجفون من أعداء الإسلام

قديمًا وحديثًا فقالوا : إن جمع هذا العدد من النساء لا يتفق ومنصب النبوة لأنه ميل للشهوات فضلاً عن أنه تمييز لنفسه عن أفراد أمته . « كبرت كلمة تخرج من أفواههم إن يقولون إلا كذباً » .

ونحن نقول هؤلاء ولئن بداخلهم الشك بسماحها : إن تلك الفرية مبعثها الجهل بالتاريخ وبحقائق الأمور . لأن التاريخ يحدثنا الحديث الصادق بأن حياة الرسول الزوجية التي تزوج فيها إحدى عشرة زوجة تنقسم إلى فترتين . فترة الشباب وجزء من الكهولة ، وفترة ما بعد ذلك إلى أن لقي ربه .

وفي الفترة الأولى اكتفى بـ زوجة واحدة لم يفكر في التزوج بغيرها ولم يمنعه من ذلك دين ولا عرف ولا ضعف في هذه الناحية ، فقد كان يعيش في مجتمع زاخر بتمتع الزوجات غير الجوارى والحليلات مع أنه كان مرغوباً فيه لما اشتهر به من مكارم الأخلاق فضلاً عن خلو النسب .

تزوج السيدة خديجة بن خويلد بعد أن تزوجت قبله مرتين وكانت تكبره في السن بخمس عشرة سنة ومكث معها خمساً وعشرين سنة إلى أن توفيت رضي الله عليها وأحجب منها جميع أولاده عدا إبراهيم .

وفي الفترة الثانية تزوج بعشر نساء ماتت إحداهن في حياته وبقي في عصمته تسع زوجات إلى أن لحق بالرفيق الأعلى .

فترتان متمايزتان . فترة الشباب والقوة يقضيها مع زوجة واحدة تكبره في السن وليس فيها ما يشغله من أمور جسم غير ما جاء في آخرها من بساء الرسالة والدعوة .

وفرة الكهولة والشيخوخة مع ثقل أعباء الرسالة ، فقد وقفت الجزيرة العربية كلها تناصبه العداء وتعلن الحرب عليه وهو يجاهد ويقاقل في سبيل الله ونشر الدعوة كلما انتهى من غزوة استعد للأخرى ليقتضي على أوكار الظلم

والوثنية كلها . وفي هذه الفترة تعدد زوجاته ليس بينهن مكر إلا واحدة عقد عليها وهي طفلة في سن السادسة ولم يدخل بها إلا بعد ثلاث سنوات . كما جاء في الحديث المتفق عليه عن عائشة أن النبي ﷺ تزوجها بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً ^(١) .

فلو كان يريد مجرد التمتع لاختار الأبيكار الحسان دون الثيبات الطاعنات في السن أو ذوات الأولاد يختار الثيبات في الوقت الذي يرغب أصحابه في التزوج بالأبكار ويقول لجابر بن عبد الله - حين أخبره بأنه تزوج، وسأله عن تزوجها بكراً أم ثيباً وأجابته بأنها ثيب - : « هلا بكراً تلاعبها وتلاعبك » وفي رواية « تضاحكها وتضاحك » ^(٢)

وهل الذي يريد التمتع ويميل للشهوات يكثر من الزوجات في فترة الشباب وخفة المسؤولية أو في وقت تقدم السن وتزاحم المسؤوليات ؟

الحق الذي لا ينكره إلا جاهل أو مكابر أن رسول الله لم يقدم على التزوج بواحدة من نسائه إلا لغرض سام ومقصد نبيل . فتزوج بدافع الوفاء والمكافأة لمن ساندته في دعوته وعاونته على تبليغ رسالته كتزوجه بعائشة بنت أبي بكر وحفصة بنت عمر وفاء للرجل الذي وقف بجانبه من أول لحظة يصدقه ويؤازره، ومكافأة للرجل الذي أعز الله به الإسلام .

وتزوج بدافع القضاء على الخصومة وكسب قوة جديدة للمسلمين كتزوجه بأم حبيبه بنت أبي سفيان قبل إسلام أبيها فإنه قصد به أمرين تعويضهما عن زوجها الذي مات وهو مهاجر فاراً بدينه ، وليكون بينه وبين بني أمية حمة

(١) متفق الأخبار يشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠٣ وفي رواية لأحمد ومسلم أنه تزوجها وهي بنت سبع سنين ووفت إليه وهي بنت تسع سنين .

(٢) المرجع السابق ص ٥٠ .

نسب تكون وسيلة إلى تخفيف حدة إندائهم ، وتزوجه بيمونة بنت الحارث ركان سبياً في إسلام ابن أختها خالد بن الوليد .

وتزوج من قتل زوجها في سبيل الله وخلف لها ذرية ضعافاً فحماها من ذل الحاجة وعال أيتامها كأم سلمة .

وتزوج من كان زواجه منها هدماً لعادة جاهلية وتطبيقاً لتشريع جديد تخرج الناس من تطبيقه أول الأمر كتزوجه من زينب بنت جحش بمقد أن تزوجها زيد بن حارثة ليقتضي على عادة التبني وأثراها .

وتزوج من فارتقت أهلها وترك وطنها فراراً بدينها ثم مات زوجها بلا عائل ولا نصير فكان لها الزوج والعائل والنصير كتزوجه من سودة بنت زمعة .

وأخير أزوج من كان زواجه منها سبياً في رد الحرية لكثير من المسترقين كتزوجه من جويرة بنت الحارث سيد بني المصطلق وقد كانت من الأسارى التي وقعت في سهم ثابت بن قيس فجهامت إلى الرسول وقالت : يا رسول الله أنا جويرة بنت الحارث سيد قومه وقد أصابني من الأمر ما قد علمت وقد كاتبني ثابت على تسع أواق فأعني على فكاكي فقال : أوخير من ذلك فقالت : ما هو ؟ فقال : أؤدي عنك كتابك وأتزوجك فقالت : نعم يا رسول الله فقال : قد فعلت ، وخرج الخبر إلى الناس فقالوا : أصهار رسول الله يسترقون فأعتقوا من كان في أيديهم من سبي بني المصطلق فبلغ عتقهم مائة بيت بتزوجه عليه الصلاة والعلام إياه .

ومن هذا النوع تزوجه بصفية بنت حيي وكانت من أكبر بيوت اليهود ثم صارت سبياً بعد وقعة خيبر . وكانت بما اصطفاه رسول الله من الغنائم .

وقصتها أنها دخلت على رسول الله بعد ما سبيت فقال لها : لم يزل أبوك من أشد اليهود لي عداوة حتى قتله الله ، فقالت : يا رسول الله إن الله يقول في كتابه

« ولا تزرر وازرة وزر أخرى » فقال لها رسول الله: اختاري فإن اخترت الإسلام أمسكتك لنفسي ، وإن اخترت اليهودية فمسي أن أعتقك فتدعني بقومك فقالت يا رسول الله: لقد هديت للإسلام وصدقت بك قبل أن تدعوني حيث صرت إلى رحلك ، ومالي في اليهودية أرب ، ومالي فيها والد ولا أخ وخيرتي بين الكفر والإسلام فآله ورسوله أحب إلي من العتق وأن أرجع إلى قومي . فأمسكها رسول الله لنفسه وقد رضيته بعلا مع أنه كان لها أن ترجع إلى أهلها بعد العتق .

تلك هي الأغراض النبيلة التي من أجلها تزوج رسول الله هذا العدد من النساء . ولما تحققت واستقر الأمر للإسلام أنزل الله عليه قوله تعالى: « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن إلا ما ملكت يمينك وكان الله على كل شيء رقيباً » الأحزاب / ٥٢ .

أما دعوى تمييزه لنفسه عن أفراد أمته فلا وجود لها في هذه المسألة إلا في الصورة لكن الحقيقة غير ذلك ، لأن تلك الأغراض التي تزوج من أجلها . منها ما يقتضي بقاء الزواج لأن إنجاءه ينقضه من أساسه ، وبإقيها وإن لم يحتاج إلى بقاء الزواج كعتق الأماء والقضاء على عادة التبني مثلاً إلا أنه منع مانع آخر من إنجاءه وهو أن الله حرم أزواج الرسول على غيره . فلو طلق واحدة منهن لن تزوج بعده ، وفي هذا إيلاء لها أشد الإيلاء فلم يميز نفسه بشيء ليس لغيره لأنه إذا اختص بشيء منع من شيء آخر ، فهو لا يأخذ ويطلق كغيره بل يأخذ ويرى ، ويحب ويعلم ، ويذكر ويظهر ، وغيره يأخذ ويطلق ويبذل . ولم يؤثر عنه أنه طلق زوجة إلا ما روي أنه طلق حفصة طليقة واحدة ثم راجعها بأمر الله لما نزل عليه جبريل بذلك .

الباب الرابع

في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج

وفيه فصول

قدمنا أن عقد الزواج لا ينعقد بمباراة فاقده الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز ،
وينعقد بمباراة ناقصة الأهلية كالصبي المميز لكنه يتوقف نفاذه على إجازة وليه ،
وأن نفاذ العقد يشترط فيه أن يكون لكل من الماقدن حق إنشاء العقد شرعاً .
ويتحقق ذلك بكمال الأهلية مع وجود صفة تجيز له تولي العقد من أصالة أو ولاية
أو وكالة ، وهذا يقتضى بيان كل من الولاية والوكالة وأحكامهما .

الفصل الأول

في الولاية^(١)

وفيه مباحث

تمهيد في التعريف بالولاية :

الولاية في اللغة مصدر ولي . يقال : ولي الشيء أو عليه يليه ولاية إذا ملك أمره وكان له حق القيام به ، فهي إذا سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء . ومنها أخذت كلمة الوالي لأنه صاحب سلطة ونفوذ على قطر معين .

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن سلطة تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء التصرفات والنفوذ وتنفيذها . فإن كانت متعلقة بشئونه كترخيصه نفسه أو التصرف في ماله فهي الولاية القاصرة .

(١) من مراجع هذا البحث : البدائع ج ٢ ص ٢٤٠ وما بعدها ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ١٢٠ وما بعدها وفتح القدير ج ٢ ، واللبسوط ج ٤ ص ٢١٤ وما بعدها ، ج ٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢٢ ، وشرح المنهاج مع حاشية القليري ج ٣ ص ٢٢١ وما بعدها ، والفتاى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٥٦ وما بعدها وبتداية المجتهد ج ٢ ص ٧ وما بعدها ، وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٩ ، المختصر للنائع ص ١٩٦ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٤١ وما بعدها .

وإن كانت متعلقة بشئون غيره كأن يزوج ابنته أو حفيدته أو يتصرف في ماله وأولاده فهي الولاية المتعدية، والولاية المتعدية نوعان . ولاية على النفس وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالترية والتعليم والتزويج ، وولاية على المال : وهي التي تجعل لصاحبها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها .

وهما يختلفان بمد هذا من ناحية من تثبت له ومدة ثبوتها وليس بينهما تلازم . فقد توجد ولاية على النفس فقط ، وأخرى على المال فقط ، وثالثة عليهما .

وكلامنا هنا ينحصر في الولاية على النفس ، وبعبارة أدق في الولاية في عقد الزواج . وهي السلطة التي يستطيع بها الشخص إنشاء عقد زواج نافذ لنفسه أو لغيره . فهي بدورها قاصرة ومتعدية ولكل منهما سبب يثبت به .

أما القاصرة فليس لها إلا سبب واحد وهو الوحد . فمضى كان الشخص بالغاً عاقل رشيداً ثبت له سلطة تزويج نفسه ، أما المتعدية فلها أكثر من سبب . فقد يكون سببها الملك وهذه ولاية السيد على عبيده وأمائمه .

وقد يكون سببها القرابة النسبية كولاية الأب على أولاده الصغار أو الكبار فاقدى العقل ، وقد يكون سببها القرابة الحكيمة . كولاية المعتق على من أعتقه إذا لم يكن له قريب عاصب ، فإن الشارع جعل المعتق منشئاً لعلاقة بين المعتق ومن أعتقه تسمى الولاء . وجعلها شبيهة بالعلاقة بين الأقرباء ففي الحديث والولاء لغة كحمة النسب ، ولكنها تلى القرابة النسبية في المرتبة .

وقد يكون سببها الإمامة : وهي ولاية الحاكم رئيس الدولة ومن ينوبه من القضاة فهذه الولاية تجعل لهم سلطة تزويج من لاوولى لهم بصفقتهم حكماً لا بصفقتهم

الشخصية . لأن القاعدة الشرعية المقررة تقول « الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة عند تعلقهما بشيء واحد » .

المبحث الأول

في شروط الولي

يشترط في الولي باتفاق الفقهاء شرطان :

الأول : أن يكون كامل الأهلية . بأن يكون حراً بالغاً عاقلاً . ففانقذ الأهلية كالصغير غير المميز والمجنون لا ولاية له على نفسه ، لأن عبارته ملغاة في نظر الشارع فأولى ألا تثبت له ولاية على غيره .

وناقص الأهلية كالصبي المميز وذو النقلة لا يملك تزويج نفسه وحده بسبل يتوقف نفاذ عقده على إجازة وليه ، وحينئذ لا تكون له ولاية على غيره .

والعبد وإن كان بالغاً عاقلاً إلا أنه ليس أهلاً للملكية أصلاً . والولاية حق لا يملكه لأن منافعه ملوكة لسيده فوقته كله مصروف في خدمة مولاه وقيامه بمطالبه فليس عنده متسع للنظر في شئون غيره .

الثاني : أن يكون متحداً في الدين مع المولى عليه ، لأنهما بالتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة ، ولأن عقد الزواج عقد ديني فيجب اتحاد الدين ، ولأن الولاية في الزواج تتبع الإرث ولا أرث بين المختلفين ديناً ، وعلى هذا لو كان للصغيرة شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحي كانت الولاية للمتحد معها في الدين ، فتكون للمسلم إذا كانت مسلمة وللمسيحي إن كانت مسيحية .

وقد استثنوا من هذا الشرط صاحب الولاية العامة كالحاكمي ، لأن ولايته

مستمدة من ولاية الحكم رئيس الدولة وولايته عامة على المسلمين وغيرهم . وهو ولي من لا ولي له ، وكذا السيد المسلم فإنه يملك تزويج أمته الكافرة بمقتضى الملكية لا الولاية (١) .

ويرى الجعفرية أن غير المسلم لا ولاية له على المسلم وأجازوا ولاية المسلم على غير المسلم .

وبعد هذا . هل يشترط في الولي العدالة بحيث لا يملك الفاسق أن يزوج غيره ؟

يرى الشافعي وأحمد في أحد قوليهما أنها شرط لحديثه لا نكاح إلا بولي مرشد ، وفسروا المرشد بالرشيد والفاسق ليس برشيد .

ويذهب أبو حنيفة ومالك إلى أنها ليست شرطاً ، ووافقها الشافعي وأحمد في القول الآخر . وعلى هذا يجوز للفاسق أن يتولى عقد الزواج لمن في ولايته ، لأن الفاسق له ولاية كاملة على نفسه بحيث يزوج نفسه فلا مانع من أن يتولى أمر غيره ، لأن عباد هذه الولاية هو الشفقة ورعاية المصلحة ، وفسقه لا يمنع من شفقه بأولاده ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه . فيستوى في ذلك مع العدل فتثبت له ولاية التزويج .

ولاحتمال تهاونه في تقدير المصلحة قالوا : إنه إن كان فاسقاً متهتكاً لا يبالي بقبح ما يصنع يشترط لتنفيذ عقد زواجه لابنته أن تتوافر فيه المصلحة بأن يكون الزواج من الكفء وبمهر المثل ، فإن لم يكن كذلك لا ينفذ ، ويكون حكمه في ذلك حكم الأب المعروف بسوء الرأي والاختيار وهو عدل فإنه

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ .

لا تسلب ولايته على ابنته الصغيرة بسوء رأيه ولكن عقده لها مشروط بالمصلحة .

ثم قالوا في الحديث السابق : إن كلمة مرشد غير ثابتة فيه ، وعلى فرض ثبوتها فليس معناها إلا أنه يرشد إلى ما فيه مصلحة المولى عليه . وهو أمر يكون من العدل وغير العدل . على أن نفس الحديث تكلم فيه المحدثون بالضعف فيترجع الرأي الثاني .

وفي ترجيح هذا الرأي يقول عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام :^(١) «وولاية النكاح لا تشترط فيها العدالة على قول ، لأن العدالة إنما شرطت في الولايات لتزع الولي عن التقصير والخيانة وطبع الولي في النكاح يزع عن التقصير والخيانة في حق موليته لأنه لو وضعها في غير كفء كان ذلك عاراً عليه وعليها ، وطبعه يزع عما يدخله على نفسه وموليته من الأضرار والعار » .

والجهمية يرافقون أصحاب الرأي الثاني في ولاية الأب والجد فلا تشترط العدالة فيها ولكنهم شرطوها في الحاكم والوصي^(٢) .

المبحث الثاني

في الولاية القاصرة في الزواج ولمن تثبت

قدّمنا أن الولاية تنتزع إلى نوعين قاصرة ومتعدية .

أما الولاية القاصرة وهي التي يملك فيها الشخص تزويج نفسه فتثبت بالاتفاق

(١) ج ١ ص ٦٧

(٢) في منعه لا تثبت الولاية في الزواج إلا لولاء الأربعة والمليد بالنسبة لمبيدة وإمامه .

للرجل البالغ العاقل . فيملك أن يزوج نفسه بأي امرأة سواء كانت مكافئة له أو أقل منه بغير المثل أو بأكثر منه دون أن يكون لأحد الاعتراض عليه في ذلك .

وأما المرأة البالغة العاقلة بكر أو كانت أو ثيباً فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها . ومن ثم اختلفوا في صحة الزواج بعبارتها .

فذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأبو حنبل في المشهور عنه إلى أنه لا يجوز لها أن تبشر عقد الجواز لأنفسها ولا لغيرها ، بل إذا وكلت رجلاً غير وليها بتزويجها لا يصح هذا الزواج ، لأنها لا تملك تزويج نفسها فلا تستطيع تمليك غيرها ما لا تملكه . وهذا مروى عن عدد من فقهاء الصحابة .

وذهب الحنفية إلى جواز ذلك بصرف النظر عن اختلافهم في استقلالها بذلك^(١) ، أو لا ، ويوافقهم في ذلك الجعفرية في أشهر أقوالهم ، فيجوز لها أن تزوج نفسها وأن تكون وكيلة لغيرها بإيجاباً وقبولا وإن كانوا يقولون يستحب لها أن تستأذن وليها فإن لم تفعل كان عملها مكروهاً^(٢) .

(١) أبو حنيفة وأبو يوسف في الرواية الأخيرة عنه يقولان : إنها تستقل بذلك لأن ولاية الولي عليها ولاية نسب واستعجاب فقط ، وذهب محمد في الرواية المشهورة عنه إلى أنها لا تستقل بها فينمقد موقوفاً عنه ، لأن الولاية مشتركة بينها وبين وليها فلا يستقل أحدهما بالمقد ، فإذا انتقض الولاية جاز لكل منها أن يتولى المقد بعد ذلك ، والفرق بينهما يظهر فيما إذا اختارت الزوج الكفء وتزوجت بغير المثل نفذ عقدها وإن لم تلزم على الأول وتوقف على إذن الولي في الثاني . هذا هو المشهور عند أئمة الحنفية الثلاثة وهو المذكور في كتاب الهداية ، وفي فتح القدير ج ٢ للكمال ابن الهمام يذكر عن أبي حنيفة وروایتان هذه والأخرى المفصلة بين تزويجها بكفء فيصح وأن كان بغيره لا يصح إذا كان لها ولي حي . وعن أبي يوسف ثلاث روايات لا يصح إلا بولي . يصح بالكفء لا بغيره . يصح مطلقاً . وعن محمد وروایتان .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ١٠ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٢٧ .

استدل أصحاب الرأي الأول :

أولاً : بالآيات القرآنية التي أضافت للنكاح إلى الأولياء مثل قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وقوله « وأنكحوا الأيامى منكم » فالأنكاح هو تولي إنشاء العقد ، وقد خاطب الأولياء به وأضافه إليهم ، وهو يدل على أنه حق لهم لا يتولاه غيرهم ، والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً ومتى ثبتت الولاية عليها لم تكن لها ولاية فلا تملك إنشاء العقد .

ثانياً : الأحاديث التي تنهي المرأة عن أن تزوج نفسها والتي تفيد أن النكاح بغير ولي باطل .

منها : ما رواه ابن ماجه عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » .

وما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل » فإن دخل بها فلها المهر بما استعمل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له « (١) وغير ذلك من الأحاديث :

ثالثاً : بالمعقول قالوا : إن الزواج عقد عظيم الخطر لكونه عقد العمر ويترتب عليه آثار خطيرة . فالمصلحة تقضي بالخنز فيه فيحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال ، ومعرفة من يصلح زوجاً ومن لا يصلح ، ولا يتوفر ذلك إلا في الولي من الرجال ، لأن المرأة مع قلة خبرتها بأحوال الرجال سريعة التأثر والانخداع فتتساق وراء العاطفة دون نظر للمستقبل .

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠١ .

واستدل الحنفية كذلك بالقرآن والسنة والمعقول :

أما القرآن فقد ورد فيه عدة آيات أضافت النكاح إلى المرأة . منها قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فقد أضاف النكاح إليها وهذا يفيد أنه يتصور النكاح منها وأنه جائز لأنه جعله غاية للعمرة ومنها لها .

ومنها قوله سبحانه: « فلا جناح عليها أن يتراجعا » فقد أضاف التراجع وهو التناكح إليها من غير ذكر الولي ، وقوله جل شأنه : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فأضاف النكاح إليهن وهو يدل على جواز النكاح بمبارتهن .

وأما السنة : فها رواه ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنوا صمانها » (١) رواه الجماعة إلا البخاري .

وفي رواية « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها . فقد جعل الثيب أو الأيم أحق بنفسها وهذا يقتضي أن للولي حقاً ، وليس للولي حق إلا مباشرة عقد الزواج فتكون أحق منه بهذه المباشرة .

قالوا : وقد ثبت أن أم المؤمنين عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب فلما حضر أمضى العقد .

أما المعقول فقالوا : إنها حين تزوج نفسها تصرف في خالص حقها لأن نفسها مملوكة لها وهي عاقلة بالغة ، وقد اتفق الفقهاء على أنها تصرف في أمورها متى كانت كاملة الأهلية . فكذلك الزواج بل هو أولى لأنها هي التي يستزوج

(١) للربيع السابق ص ١٠٣ .

لا وليها . فمن حقا أن تختار الرجل الذي تسلمه نفسها وتلتزم بطاعته .

فإن كان يترقب على فعلها في بعض صوره ضرر يلحق أسرتها كانت تزوج نفسها من غير كفء فيمكن تلافيه بإثبات حق الاعتراض للأولياء ، فلمهم أن يطلبوا فسخ ذلك العقد غير المتكافئ .

وأصحاب هذا الرأي مع إثباتهم للمرأة حق مباشرة زواج نفسها يقولون أنه يندب لها أن توكل وليها لمباشرة هذا العقد كيلا تخرج عن مألوف الناس وتوسم بقله الحياء .

تلك هي أدلة الفريقين وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر ومع طول المناقشة لم تخلص أدلة كل طرف لأثبات مدعاه بتمامه ، لأن الآيات القرآنية كما أسندت النكاح إلى الأولياء أسندته إلى النساء أيضا ، وهذا يدل على أن لكل منها حقا فيه ، وليس حقا خالصا لطرف دون آخر ^(١) .

(١) قيل للفريق الأول في استدلالهم بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا .. الآية . إن الخطاب فيها يمتثل أن يكون لأولي الأمر من المسلمين أو بغيرهم للمسلمين . وكلامها أقرب من أن يكون خطابا لأولياء المرأة . لأن الآية لم يقصد بها بيان حكم الولاية على المرأة . وإنما قصد بها بيان تحريم إنكاح المشركين ونكاح المشركات . وهذا أمر يكلف به أولياء الأمر من المسلمين أو كل المسلمين حصة ، وقيل لهم في الآية الثانية « وأنكحوا الأيامى منكم ... » إن الخطاب فيها كما يمتثل أن يكون للأولياء يمتثل أن يكون للناس جميعا ، وتكون الآية خطابا للأمة كلها بأن ينكحوا من لا زوج له من الرجال والنساء وقوله (منكم) مناه الذين مسن جنسكم في الحرية بقرينة عطف الصالحين من السيد والأماء عليه . لكن أي الاحتالين أرجع من الآخر ؟

إذا نظرنا إلى الفاظ الآية وجدنا فيها كلمتي « أنكحوا » والأيامى « الأول حقيقه في التدريج وهو إجراء عقد الزواج ، والثانية حقيقة فيمن لا زوج لمن الرجال والنساء كبارا وصغارا ، =

أما الأحاديث الناهية للمرأة عن أن تزوج نفسها والتي تحذر بطلان نكاحها، فهي ظاهرة فيما إذا استقلت بالمقد دون أن يكون لوليها رأي فيه ، أما أنها تدل على بطلان عبارتها وهو موضع الخلاف فليس فيها ما يدل على ذلك .

إدراة المنين الحقيقين فيها لا يتفق مع المقرر في تشريعات الزواج، لأن المنى عليه أن الناس يكفلون بأن يزوجوا الأيامي وفيهم الرجال الكبار مع أنه لا ولاية لأحد عليهم ، فكان لا بد من التأويل في إحدى الكلتين إما في كلمة (أنكحوا) يستعملها في معنى أعم من إجراء العقد وهو للمساعدة في النكاح والمعاونة عليه وتبقى كلمة (الأيامي) على عمومها .

وإما في كلمة الأيامي يحملها على غير الرجال الكبار ، وتبقى كلمة أنكحوا على حقيقتها وهو إجراء عقد التزويج لكن التأويل الأول أرجح يؤيده سياق الآية فإنها مسوقة للترغيب في النكاح الحلال بعد الزجر عن الزنى ودواعيه القلبية والجميدة من النظر وإبداء الزينة ودخول البيوت بغير استئذان ، والتي يناسب إبقاء الأيامي على عمومها فالولي سبحانه يقول للناس جميعا في هذه الآية : ساعدوا من لا زوج له على الزواج الحلال ولا يمتنعكم الفقر وقلة المال . فإن الفقر والغنى يبدى أن يكونوا فقراء يفتنهم الله من فضله) وعلى هذا لا تصلح الآية دليلا على ثبوت حق الولي في اختصامه بأجراء الزواج .

وقيل للفريق الثاني فيما استدلوا به من الآيات في الآية الأولى وهي قوله سبحانه (فإن طلقها فلا تحمل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) يحتمل أن يراد بالنكاح الوطء لأن حمل غاية لعدم الحمل وغاية الحرمة هي الوطء لا العقد فلا تفيدكم في الاستدلال على أن المرأة تعدد عقد زواجها .

وقيل لهم في الآية الثانية وهي « فلا جناح عليها أن يتراجعا » إن إضافة التراجع إليهما لا يفيد أن يكون العقد من جانب المرأة، لأن المقصود من الآية كلها بيان أن الحرمة انتهت بنكاح زوج آخر وحتى تنكح زوجا غيره (فإذا حصل ذلك فلا جناح عليهما أن يزوجا من جديد . ويكون بالطريق المشروع وهو طريق الولي . ومعنى أن يتراجعا أن يتراجع الطرفان طرف الزوج السابق وطرف المرأة وهو وليها بعد إذنها في ذلك .

وهكذا انتهت المناقشة للاستدلال بالآيات إلى أن القرآن أضاف النكاح إلى الأولياء وإلى النساء ولا مرجع لأحدهما على الآخر فيفيد القرآن في مجموعه أن حق التزويج ثبت لكل منهما لا يختص به طرف دون آخر .

وأما ما جاء فيها من عبارة « فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » ، فقد قيل إنها من كلام أبي هريرة ، ويؤيده ما رواه الدارقطني عنه : « كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية » أي أنهم كانوا يستقبحون ذلك من المرأة . وعلى فرض ثبوت رفعها إلى الرسول فتحمل على ما إذا استقلت بالعقد واستبدت به ، وقد صرحنا الآثار المروية عن الصحابة بهذا المعنى .

فقد روى الدارقطني عن عكرمة بن خالد قال : « جمعت الطريق رجلاً فجعلت امرأة منهن ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها ، فبلغ ذلك عمر فجلد الناكح والمنكوح ورد نكاحها .

وروي عن علي كرم الله وجهه : « أنه كان يضرب في النكاح بغير ولي »^(١) . وأما أحاديث الاستئثار والاستئذان فغاية ما تفيد ، أن على الولي أن يفعل ذلك عند زواج موليته ولا يستبد بالعقد ، وليس فيها أنها تستقبل بالعقد ، وكونها أحق من وليها ليس معناه أنها أحق بالاستقلال به ، وإلا لتعارضت مع الأحاديث السابقة ، وإثماً يراه أنها أحق بالرضا بالزواج من وليها ، وأن رضاه ليس كافياً لأنها التي ستتزوج ويقع عبء الزواج عليها بعد تمامه .

والمعنى أنها أحق بوضع نفسها عند الزوج الذي ترضى به ، فلكل منها حق لكن حقها أعظم من حق الولي . بدليل أن رسول الله كان يرد الزواج الذي يستبد به الولي ويجعل للمرأة الخيار فيه .

أما معقول الفريق الأول فلا يفيد إلا أن الولي أصوب رأياً في اختيار الزوج من المرأة وهذا لا يقتضي استبداده بالعقد وبطلان مباشرتها له ، كما أن معقول الفريق الثاني قياس مع الفارق . حيث الفرق واضح بين تصرفها في المال الخاص

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠١ .

بها ، وتصرفها في نفسها بالزواج الذي هو رباط بين أسرتين لا بين فردين .
يترتب عليه إدخال فرد أجنبي في أسرتها يختلط بها ويطلع على ما خفي من
أمورها ، وقد يلحق الأسرة منه عار ، فضرر الزواج لا يعود على المرأة فقط ،
بل يعود عليها وعلى أسرتها ، بخلاف المال فإن نفعه وضرره يعود عليها وحدها
غالباً وأمره سهل حين .

وبذلك نستطيع الجمع بين تلك الأدلة لنخرج منه بنتيجة تقول :

إن الزواج حق مشترك بين المرأة ووليها ، فلا يصح لواحد منها أن يستقل
به ابتداء ، بل لا بد من اشتراكها فيه بتحقق رضاها معاً ، فإذا تم ذلك قام
أحدهما بمباشرته ، ولا تمنع المرأة من ذلك لأن أنوثتها لا تصلح مانعاً منه ، فقد
ثبت أن عائشة أم المؤمنين زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب ،
فلما حضر أمضى العقد . فمباشرتها العقد وإمضاء أخيها له دليل على صحة
مباشرة المرأة لعقد الزواج .

غاية الأمر أن مباشرة المرأة عقد زواج نفسها غير مستحسن في عرف الناس .
فإبقاء حياتها وصوتا لكرامتها تدع ذلك لوليها يتولاه .

وهذا الرأي هو ما ذهب إليه الأمام الأوزاعي وأبو ثور من الشافعية كما يقول
الشوكاني^(١) وابن حزم الظاهري^(٢) . والأمام أحمد في الرواية المخرجة عنه من

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٠٧ .

(٢) لكن ابن حزم في المحلى قال : وقال الأوزاعي : إن كان الزوج كفوًا ولما من أمرها
نصيب ودخل بها لم يكن للمولى أن يفرق بينهما . وقال أبو ثور : لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها
ولا أن تزوجها امرأة ، ولكن إن زوجها رجل مسلم جاز « للؤمنون بعضهم أولياء بعض » .
وهذا يفيد أن أبو ثور لا يصحح للشكاح بمباينة المرأة ، ولعل له رأيان كما نقل ابن حزم في
للساعة رقم ١٨٢١ عن بعض فقهاء الثنابيين كقطاء والحسن البصري ، ولقنم بن محمد والزهرري
وابن سيرين . أنهم صححوا زواج المرأة بشير وليها .

أنها إذا زوجت نفسها بإذن وليها صح ، وما ذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية من أن الولاية في الزواج شركة بين المرأة ووليها قريب من هذا .

بعد هذا نعود إلى مذهب الحنفية الذي يجري عليه العمل فنقول :

إنه يتفرع عليه أنه إذا زوجت المرأة نفسها . فلما أن يكون لها ولي عاصب أو لا . فإن لم يكن لها ولي عاصب صح زواجها وتقذ على أي شكل تزوجت بكفه أو بغيره بمهر المثل أو بأقل منه لانفرادها بالحق حينئذ .

أما إذا كان لها ولي عاصب . فإن زوجت نفسها بالكفه وبمهر المثل ، كان المقدد لازماً كذلك ، وليس للولي اعتراض عليه لأنه لا موضع لاعتراضه .

وإن زوجت نفسها بغير الكفه ، فعن الإمام روايتان : الأولى أن الزواج صحيح نافذ غير لازم ، فلولي الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الكفاءة والمهر المائثل حقان مشتركان بينهما .

والثانية : وهي رواية الحسن بن زياد عنه ، أن الزواج غير صحيح دفعاً للضرر الذي يناله من أساسه .

وقد رجح الفقهاء هذه الرواية للعمل والفتوى . لأن صفة هذا الزواج قد تؤدي إلى الضرر لاحتمال أن يسكت الولي عن اعتراضه حتى يدخل الزوج بها ويجعل أو تلد فينتور الضرر ، وقد لا يقبل اعتراضه لأي سبب .

وفي هذا يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير : « كم من واقع لا يرتفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والحصومة ، ولا كل قاض يمدد ، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفة من التردد على أبواب الحكام واستئقلا لنفس الحصومات فينتور للضرر فكان منعه دفعاً له » .

أما إذا زوجت نفسها بالكفه وبأقل من مهر المثل صح المقدد . ولكن

لا يكون لازماً بالنسبة للولي فله الاعتراض ليكمل المهر أو يفسخ العقد .

وللاحظ هنا أن الولي الذي له حق الاعتراض هو الولي الماصب ، أما غير العصبية من ذوي الأرحام فلا حق لهم في الاعتراض ، كذلك يشترط في رضى الولي بالزواج أن يكون صريحاً . فمجرد السكوت بعد العلم بالعقد لا يترتب عليه لزوم العقد إلا إذا امتد السكوت إلى أن تحمل حملاً ظاهراً محافظة على حق الولد .

هذا ما يجري عليه العمل في مصر ، أما في لبنان فقد سبق بيانه عند الكلام على شروط اللزوم من أنه بالنسبة للمسلمين السنيين ما جاء بالمادة - ٤٧ - من قانون حقوق العائلة - وهو أن عقدهما لازم إلا في حالة تزويجها بغير الكفاءة ، أما نقصان المهر عن مهر المهر فلا يؤثر في لزومه .

وبالنسبة للمعمرين أن عقدهما نافذ لازم ولو كان بغير الكفاءة وبأقل من مهر المثل لأنها حقان خالصان لها كما هو مقرر بذهبهم .

المبحث الثالث

في من تثبت له الولاية المتعدية

قلنا إن الولاية المتعدية هي التي يملك بها الشخص تزويج غيره . ففيها ولي مزوج ومولى عليه زوج .

وهذا البحث موقوف لبيان من تثبت له هذه الولاية فنقول :

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن هذه الولاية تثبت للعصبية بالنفس من الأقارب . وهم كل قريب رجل يتصل بالمولى عليه اتصالاً لا ينفرد بالتوسط بينها

فيه أنثى . ويشمل ذلك أصوله من الأب والجد أبي الأب وإن علا، وفروعه وهم الأبناء وأبنائهم وإن نزلوا ، وفروع أبويه من الذكور وهم الأخوة سواء كانوا أشقاء أو لأب وأبنائهم وإن نزلوا ، وفروع الأجداد وهم الأعمام وأبنائهم كذلك .

غير أن الشافعية لم يجعلوا للأبناء وأبنائهم ولاية إلا إذا وجدت صفة أخرى غير البنوة^(١) .

كما اتفقوا على أنها تثبت للسيد على من يملكهم من المييد والأماة ، وللعالم أو نائبه إذا لم يوجد ولي من الأقارب ، أو حصل عضل منه بالامتناع عن الترويح عند الحاجة .

واختلفوا في ثبوتها للوصي . فمنها الحنفية^(٢) والشافعية ، وأثبتها المالكية مطلقاً والحنابلة في رواية^(٣) . كما اختلفوا في ثبوتها لغير العصبة من الأقارب ، فأثبتها أبو حنيفة وأبو يوسف في أحد قوليهِ : للأقرباء الورثة من أصحاب الفروض وذوي الأرحام ، ولا تنتقل إلى الحاكم مع وجود واحد من هؤلاء .

وذهب الجعفرية إلى ثبوتها للأب والجد والوصي والمولى والحاكم .

(١) جاء في التاج وشرحه ج ٣ ص ٢٢٢ : « ولا يزوج ابن ببنوة لأنه لا مشاركة بينه وبين أمه في النسب فلا يعتني بدفع المار عنه ، فإن كان ابن ابن عم أو معتقاً لها أو قاضياً زوج به ولا تضره البنوة لأنها غير مقتضية لا ماقسة » .

(٢) يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٥٢ : « وليس للوصي ولاية الانكاح لأنه يتصرف بالامر فلا يعد وموضع الامر كالوكيل ، وإن كان الميت أوصى إليه لا يملك أيضاً لأنه أراد بالوصاية إليه نقل ولاية الانكاح وأنها لا تختمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت » .

(٣) في مناهج الحنابلة ثلاث روايات الأولى أنها تثبت للوصي مطلقاً ، والثانية تثبت له إذا نص في الإيصاء إليه على الزواج ، والثالثة لا يملكها الوصي إذا كان للوصي عليه ولي عاصب .

وإليك تفصيل مذهبي الحنفية والجمهورية لجرمان العمل عليهما .
يرى أئمة الحنفية أن الولاية في الزواج تثبت أولاً للعصبات النسبية بالترتيب
الآتي :

فروع الشخص من الذكور كالأبن وابن الأبن وإن نزل ، ثم أصوله . كالآب
والجد لأب وإن علا ، ثم فروع أبويه من الذكور كالأخوة الأشقاء والأخوة لأب
وأبنائهم ، ثم فروع الأجداد كذلك كالأعمام لأبوين أو لأب وأبناء الأعمام .

فإذا كان للقاصر عاصب واحد من هؤلاء ثبتت الولاية له ، وإن كان له أكثر
من عاصب فإن اختلفت جهتهم قدم من كان من فروعه على من كان من أصوله ،
ثم من كان من أصوله على من كان من فروع الأبوين ، ثم من كانت من فروع
الأبوين على من كان من فروع الأجداد .

فالأبن مثلاً يقدم على الأب ، والجد على الأخ ، والأخ على العم وهكذا .

وإن اتحدت الجهة فإن اختلفت الدرجة قدم الأقرب درجة ، فالأبن يقدم
على ابن الأبن ، والأب على الجد ، والأخ ولو كان لأب على ابن الأخ الشقيق
وهكذا .

فإن اجتمع أخوان أحدهما شقيق والآخر لأب قدم الشقيق ، وكذلك إذا
اجتمع عمان أو أبنا أخوين ، وإن اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة كأخوين
شقيقين أو لأب أو عمين شقيقين أو لأب تثبت الولاية لكل منهما كاملة لأنها تثبت
بسبب لا يتجزأ وهو القرابة . فتثبت لكل واحد من الأولياء المتساويين على
الكامل كأنه ليس معه غيره ^(١) .

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٥١ .

فإذا زوج أحدهما القاصر صح ذلك ، وإن زوجه كل منها بدون علم الآخر صح السابق منها إن علم ، فإن لم يعلم السابق وكان المزوج ذكراً صح العقدان لعدم المانع ، وإن كان أنثى أبطل العقدان لعدم المرجح لأحدهما على الآخر وهي لا يصح زواجهما لأكثر من واحد في وقت واحد .

وقد اتفق أئمة الحنفية على ثبوت الولاية لهؤلاء . كما اتفقوا على هذا الترتيب في حملته ولم يختلفوا إلا في صورتين .

أولاهما : ما إذا ثبت أن الزواج في مصلحة المجنونة أو المشوهة وكان لها أب وابن فالابن مقدم في تزويجها عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروایتين عنه تطبيقاً للقاعدة العامة في ترتيب العصبات .

وقال محمد بن الحسن يقدم الأب على الابن في هذه الحالة لوفور شفقة الأب وطول خبرته فكانت ولايته أقوى ، ولأن الأب تثبت له الولاية على النفس والمال جميعاً بينما الابن لا تثبت له الولاية على المال ، ولجريان العرف بذلك في كل الأمصار ، ولأن الأب من قومها والابن ليس منهم لأنه ينسب إلى أبيه .

وروى عن أبي يوسف أن أبيها زوجها صح زواجه لأنها بالنسبة إليها في درجة واحدة . فإذا كان الأب أوفر شفقة فالابن مقدم في الميراث عليه .

ومع وجاهة رأي محمد اختار الفقهاء الرأي الأول وجمعوا الفتوى عليه لاتفاقه مع القاعدة العامة . وإن كان الأفضل أن يفرض ابنها إلى أبيها أمر تزويجها تعظيماً له لمكانة الأجرة كما يقول الكاساني في بدائعه (١) .

وثانويهما : إذا اجتمع الجد والأخ فعند أبي حنيفة يقدم الجد لأنه مقدم عنده في الميراث ، وعندما تثبت الولاية لها لأنها يشتركان في الميراث فيها متساويان .

(١) المرجع السابق ص ٢٥٠ .

فإذا لم يوجد ولي عاصب هل تنتقل الولاية إلى الأقارب الوارثين من أصحاب
الغرض وذوي الأرحام ثم من يعدم إلى القاضي . أو تنتقل بعد المصبات إلى القاضي ؟
يرى أبو حنيفة أنها تنتقل إلى هؤلاء الأقارب قبل القاضي ولا تنتقل إليه إلا
إذا لم يوجد واحد منهم ووافقه أبو يوسف في أشهر الروايتين عنه .
ويذهب محمد بن الحسن إلى أنه لاحق هؤلاء في ولاية الزواج وإن كانوا
ورثة ، فإذا لم يوجد عاصب كانت الولاية للقاضي الذي نص في مرسوم توليته على
تزويج اليتامى فيتولاه نيابة عن ولي الأمر ، ووافقه أبو يوسف في الرواية
الأخرى عنه .

وسبب هذا الخلاف اختلافهم في سبب الولاية أمو للتصعب أم القرابة ؟ فمن
قال : إن سببها التصعب قال لا تنتقل إلى هؤلاء بل القاضي مستدلاً بحديث «النكاح
إلى المصبات» فإنه يدل على قصر الزواج على المصبات وحديث «السلطان ولي
من لا ولي له» فتكون الولاية لولي الأمر بعد فقد المصبات .

ولأن المصبات هم الذين يلحقهم عار الزواج أو فخاره فيقتصر عليهم
ليتميزوا من نسب يلحقهم به المار ، وتولى القاضي بعد ذلك إنما هو بطريق
النيابة عن ولي الأمر صاحب الولاية العامة .

ومن قال إن سبب الولاية هو القرابة يقول : تنتقل إلى غير المصبات ، لأن
هذه الولاية يقصد بها النظر في مصلحة المولى عليه ، وهذا النظر كما يوجد من
المصبات يوجد من غيرهم من الأقارب ، لأنه أمر يقوم على الشفقة وهي موجودة
عند هؤلاء الأقارب .

وهل يعقل أن الأم والجدة والأخت والعمة والحال والحالة وأمثالهم يفرطون
في مصلحة القاصر ويزوجوه بأي شخص كيفما اتفق ؟ وهل دراية هؤلاء بمصلحة
قرببتهم تقل عن دراية القاضي المشغول بمصالح الناس وقض منازعاتهم ؟ على أن
عار الزواج يلحق هؤلاء الأقارب أيضاً .

ومن ذا الذي ينكر تمير الأم بزواج ابنتها بغير كفه ؟ أو تمير الجدة
والأخت وغيرها بمثل هذا الزواج ، أما حديث «النكاح إلى المصبات» إن ثبت

رفعه إلى رسول الله ^(١) فمحمول على ثبوت الحق لهم حال وجودهم وليس فيه دلالة على قصر الولاية فيهم .

لهذا رجح فقهاء الحنفية رأي أبي حنيفة وقالوا : إنه المقتضى به كما نص عليه ابن عابدين في رد المحتار . وعلى هذا الرأي تثبت للولاية لنوي الأرحام حسب ترتيبهم في الإرث . فتثبت أولاً للأب ثم أم الأب ثم أم الأم ثم البنت ثم بنت الأبن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الأبن ثم بنت بنت البنت ثم الجد لأب ثم الأخذ الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخوة والأخوات لأب ، ثم أولاد هؤلاء على الترتيب السابق ، ثم للمعات مطلقاً والأعمام لأب ثم الأخوال والحالات ثم بنات الأعمام ثم أولادهم .

فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى الغاضي .

أما المذهب الجعفري فتثبت ولاية الزواج عندهم للأب والجد والوصي والحاكم والمولي كما قلنا .

أما الترتيب بينهم فالأب والجد في درجة واحدة فلا يشترط في ثبوت الولاية للجد عدم وجود الأب ، إلا على رأي ضعيف ، ولذلك قالوا : لو اختار الأب شخصاً والجد شخصاً آخر قدم السابق منها ، وإن اقترنا ثبت عقد الجدة .

قام الإمام جعفر : إذا زوج ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ، وإذا هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً فالجد أولى بنكاحها ^(٢) :

(١) فقد روي مرة مرفوعاً إلى رسول الله ومرة أخرى موقوفاً على علي كرم الله وجهه .

(٢) قاله الإمام جعفر للشيخ مفنيه ج ٥ ص ٢٤١ .

ولكنهم جعلوا الولاية للأب والجد على الصغير والصغيرة وليس للولي
والحاكم ولاية على تزويجها .

أما المجنون والمجنونة فالولاية للأب والجد أيضاً سواء أ كان المجنون متصلاً
بالصغر بأن بلغ أحدهما مجنوناً أم كان طارئاً بأن بلغ عاقلاً ثم طرأ عليه الجنون .
فإذا لم يوجد أحد منهما وجدت ضرورة للزواج زوجهما الوصي أو الحاكم .
أما السفية فالولاية عليه للأب والجد إذا بلغ سقيهما ، أما إذا كان السفه طارئاً
بعد البلوغ وشيئاً فالولاية للحاكم .

يتلخص من ذلك أن الولاية على الصغيرة والصغير للأب والجد لا يشاركهما
أحد في ذلك كما أن لهما ولاية على المجنون والمجنونة مطلقاً ، فإن لم يكن أحدهما
موجوداً فالولاية للوصي إن وجد أو الحاكم بشرط أن يكون في تزويجها مصلحة .
وكذلك لهما الولاية على السفية إذا بلغ كذلك ، أما من كان سفه طارئاً فالولاية
عليه الحاكم الشرعي فقط ^(١) .

المعمول به في مصر ولبنان

أما في مصر فالعمل يجري على مذهب أبي حنيفة وهو ثبوت الولاية للأقرباء
من العصباء وغيرهم بالترتيب السابق ثم من بعدهم للقاضي باعتباره أرجح
الآراء في المذهب الحنفي ، ولأن لائحة المحاكم الشرعية في المادة (٢٨) نصت
على أن تزويج من لا ولي له من الأيتام وغيرهم من اختصاص رؤساء المحاكم
والقضاة الجزئيين في دائرة اختصاصهم .

(١) راجع المختصر للنقح وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي وفقه الإمام جعفر للشيخ مفتي ج ه
ص ٢٤٢ وما بعدها والنصوص المتفرقة فيه عن صاحب الجواهر . وقارن ذلك بما في كتابه
لأحوال الشخصية في هذا الموضوع .

أما في لبنان قبالة النجبة للسنيين الولاية للمصبات فقط ، ثم للقاضي حسبما جاء في قانون حقوق العائلة . فالمادة العاشرة منه تنص على أن « الولي في النكاح هو المصبة بنفسه على الترتيب » ، وهو كما ترى مذهب محمد والمشهور من مذهب أبي يوسف ، وبالنسبة للجعفرين مذهبهم من أنها للأب والجد من الأقرباء فقط ثم للوصي والحاكم « القاضي » في بعض الصور ^(١) .

غيبه الولي القريب وعضله :

إذا عرفنا ترتيب الأولياء فكل واحد منهم إذا كان مستوفياً لشروط الولاية يحجب من بعده ، فإذا قولى الولي البعيد العقد مع وجود القريب توقف العقد على إجازة من له الولاية كتزويج الأخ لأخته وأبوه حاضراً ، لكن قد يغيب الولي القريب أو يمتنع عن التزويج فهل تنتقل الولاية لمن بعده ؟

إذا غاب الولي القريب وجاء الحاطب الكفء وهو لا ينتظر حضور الغائب أو معرفة رأيه ، فإن الولاية تنتقل إلى من يليه خوفاً من فوات المصلحة ، ولأن الولاية ثابتة للبميد بأصل قرابته إلا أنها مؤخره لكون القريب أوفر شفقة ، فإذا تعذر قيام الولي القريب بعقد العقد كان الحق للبميد في هذه الحالة .

وعلى ذلك ليس للغائب إذا حضر أن يمترض على هذا العقد ، لأنه اعتبر في حال غيبته كالمعدوم وهذا عند أبي حنيفة وصاحبيه ، وقال زفر لا تنتقل الولاية وينتظر حضور الغائب ، لأن ولايته لا تزول بغيبه . ولا يخفى ما في هذا القول

(١) وقانون الطائفة الدرزية يحمل الولاية للمصبة بالنفس على الترتيب فإن لم يوجد ولي أو كان ولكنه غير أهل ، فالولاية لأحد شيوخ العقول أو قاضي المنصب ، أو من ينبيه لذلك .
اللائحة ٧ - ٨ .

من تقويت المصلحة (١) .

وإذا امتنع الولي صاحب الحق عن التزويج ، فإذا كان امتناعه لسبب ظاهر كعدم كفاءة الزوج أو لأن المهر أقل من مهر المثل ، أو لوجود خاطب آخر يفوق الأول في مزاياه لا يمد عاضلا في هذه الحالة ولا تنتقل الولاية لغيره . فليس لمن بعده من الأولياء تولى العقد . كما لا يملك القاضي توليه لعدم الظلم في هذه الحالة .

أما إذا امتنع من غير سبب يبيح له ذلك كان في هذه الحالة عاضلا أي ظلماً . وحينئذ لا تنتقل الولاية لمن بعده من الأولياء لعدم سقوط ولاية الممتنع بل تنتقل إلى القاضي فيتولى العقد نيابة عنه ، لأن ما فعله ظلم يؤدي إلى تنازع الأولياء ، وهو مكلف برفع الظلم .

ويعد الولي عاضلاً إذا امتنع عن التزويج عند حاجة المولى عليها إليه . كما إذا طلبت الحرة البالغة العاقلة الأنكاح من كفء موجود راغب فيها بمهر المثل ، فإنه يجب عليه التزويج لأن امتناعه ظلم وهو منهي عنه ، فإذا لم يفصل تولى القاضي نيابة عنه (٢) .

(١) يرى القاضي في هذه الحالة أن الولاية تنتقل إلى القاضي . والجمهرة لا تنتقل لهذا ولا لذلك وإنما لكل شخصاً يزوجه ، وليس للقاضي تزويجها إلا بتركيل منها .

(٢) يقول صاحب البدائع ص ٢٥٢ : وولاية الأمانة شرطان غير ما شرط في الولي . أحدهما : يعم نوعي الولاية . وهو ألا يكون هناك ولي أصلاً . والثاني : يخص أحدهما وهو ولاية النيب والاستعجاب أو ولاية الشركة على اختلاف الأصل وهو العضل من الولي . لأن المرأة البالغة العاقلة إذا طلبت الأنكاح من كفء وجب عليه التزويج منه لأنه منهي عن العضل ، والنهي عن الشيء أمر بصدقه ، فإذا امتنع أضر بها ، والأمام نصب لدفع الضرر فتنقل الولاية إليه » .

وروي البخاري وأبو داود والترمذي عن معقل بن يسارق قال : « كنت لي أخت تحب إلى فأناني ابن عم لي فأنكحتهما إياه ثم طلقها طلاقاً له رجعة ثم تركها حتى انقضت عنها فلما

ومثل ذلك إذا كانت المولى عليها مجنونة بالغة وأثبت الطب أن علاجها بالزواج ، وامتنع عن تزويجها ووجد من يرغب في زواجها .

وكذلك تنتقل إلى القاضي فيما إذا وجد أولياء في درجة واحدة وتنازعوا وخيف أن يؤدي تنازعهم إلى فوات الغائب الكفء لقول الرسول ﷺ : « فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » .

والجعفرية هنا على مبدئهم من أنه لا ولاية على الصغيرة إلا للأب والجد فقالوا لو عضل واحد منها وامتنع عن تزويجها فليس لأحد أن يزوجه حتى الحاكم .

المبحث الرابع

في أنواع الولاية المتعدية وعلى من تثبت كل منها

التق الفقهاء على أن هذه الولاية تتنوع إلى نوعين . ولاية جبرية . وهي التي تحول لصاحبها الاستقلال بإنشاء عقد الزواج دون أن يكون للمولى عليه دخل فيه ، ولذا سماها بعض الفقهاء ولاية استبدادية لاستبداد المولى فيها بإنشاء العقد دون مشاركة من المولى عليه .

وولاية لا جبر فيها : وهي التي تحول للمولى عليه بناء على اختياره ورغبته فلا يستقل بالعقد ، ولكن الفقهاء اختلفوا في تسميتها ، فالحنفية في الراجح من مذهبهم يسمونها ولاية نذب واستعجاب . على معنى أنه يستحب

= خطبت إلى أثنائي يشخطها فقلت : لا والله لا أنكحها أبداً قال : فني زلت هذه الآية وإذا طلقت النساء قبلن أجلن فلا مصلوحن أن ينكحن أزواجهن « الآية قال : فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه « وفي روايه : وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه . قيل الأوطار ج ٦ ص ١٠٦ وللغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٧ .

للولي مباشرة العقد نيابة عن المولى عليه بعد أن يتم الاختيار من جهته ، كما يستحب للمولى عليه أن يكل مباشرة العقد للولي ، حيث يصح له أن يباشره بنفسه .

ويسمى المالكية ولاية اختيار حيث لا جبر فيها على المولى عليه .
ويسمى الشافعي ومحمد بن الحسن من الحنفية ولاية شركة لاشتراك كل من الولي والمولى عليه في اختيار الزوج ، فلا يتم العقد إلا بتلك المشاركة ، ولا فرق بينهما إلا أن الشافعية ينمون قول المولى عليه العقد لأنه امرأة ، وأما محمد فيجوز ذلك كما سبق بيانه .

ولكل من الولايتين أحكام تخالف أحكام الأخرى . وإليك البيان .
أما الولاية التي لا جبر فيها « ولاية النذب والاستحباب » فتثبت لكل الأولياء عموماً لا فرق بين ولي وولي حسب الترتيب في كل مذهب كما قدمنا

وتثبت هذه الولاية على المرأة البالغة العاقلة وأن كانت رشيدة . وهذا القدر متفق عليه بين الأئمة في الجملة ، لكنهم اختلفوا وراء ذلك في أنها هل تثبت على تلك المرأة مطلقاً بكرة كانت أو ثيباً ، أو أنها مقيدة بقيد بحيث لو لم يوجد كانت الولاية إجبارية ؟ .

فالحنفية والجعفرية لا يشترطون فيها شيئاً ، ويرافقهم الحنابلة في إحسدى الروايتين عندهم والشافعية يشترطون فيها الثبابة فإن كانت بكرة فالولاية عليها إجبارية . وهي رواية عند الحنابلة .

ويرافقهم المالكية في القول المشهور عندهم ^(١) فإنه يقرر أن البكر البالغة

(١) ونعم ابن وهب إلى أن البكر تجبر ما لم تكن عائلاً لأنها إذا عنت صارت كالثيب . =

ثبتت عليها ولاية الأجبار ولو بلغت ستين سنة أو أكثر .

ومن هذا ترى أنهم اتفقوا على أن الولاية التي لا جبر فيها تثبت على الثيب البالغة المأقولة وإن اختلفوا في تفسير تلك الولاية. وفي صحة مباشرتها عقد الزواج وقد قدمنا وجهة كل من الرأيين وما اخترناه فيه ، واختلفوا في الولاية على البكر البالغة هل هي جبرية أو غير جبرية على معنى أن الولي المجهر يزوجه دون أن يكون لها رأي في هذا الزواج ولا جبر له عليها بل يزوجه بعد أخذ رأيها .

ومن هنا نرى أن الفريق الأول وهم الحنفية والمجسرية والحنابلة في رواية يسوون بينها فلا جبر عندهم .

وأن الفريق الثاني وهم الشافعية والمالكية في المشهور عندهم والحنابلة في الرواية الأخرى يفرقون بينها ، فيثبتون الولاية الجبرية على البكر الكبيرة دون الثيب الكبيرة .

استدل الفريق الثاني

أولا : بالأحاديث التي ظاهرها التفريق بينها .

منها ما رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها » .

ومنها ما جاء في رواية أبي داود والنسائي عن ابن عباس « ليس للولي مع

سبعون لثمنين ثلاث وثلاثون سنة ط الرابح عندهم . ومنشأ الخلاف هل العلة في المهر البكارة وهي موجودة أو الجهل بمصالح النساء وهي مفقودة . حاشية المصنف على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢٢ .

الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها » .

قالوا : إن مفهوم هذين الحديثين يفيد أن غير الثيب الولي معها أمر ، أو هو أحق بها من نفسها ، ولا يكون ذلك إلا بملكه إجبارها حيث إنه يملك مباشرة عقد الزواج لها .

وثانيا . إنه ثبت أن رسول الله ﷺ رد نكاح الثيب التي تزوجت بدون رضاها فيما أخرجه الجماعة إلا مسلماً عن خنساء بنت خدام الأنصارية قالت : وإن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحه « (١) » .

وثالثا : ثبت أن أبابكر رضي الله عنه زوج ابنته عائشة لرسول الله ﷺ ولم يكن لها رأي وهي وإن كانت هذه صغيرة فهي بكر . فعلم بذلك أن علة الإجبار كون المزوجة بكرا .

وهذه العلة موجودة في البكر الكبيرة . لأنها جاهلة بأمور الزواج فتجبر بخلاف الثيب فإنها عالة بالمقصود من الزواج ، ولها خبرة سابقة فيه فلا تجبر عليه كالرجل .

هكذا استنبط الشافعية علة الإجبار وهي البكارة من قضية تزويج عائشة . والمالكية يذهبون إلى أن علة الإجبار أحد أمرين . الصغر أو البكارة أخذاً من هذه القصة ، ومن ثم أثبتوا الجبر على البكر ولو كانت كبيرة ، وعلى الثيب الصغيرة .

أما الحنفية ومن وافقهم الذين لا يفرقون بينهم فقد قالوا : إن علة الإجبار

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٧ .

هي الصفر لأن الصفر هو مناط عدم الخبرة بأحوال الزواج، وهو مانع من القدرة على اختيار الزوج، أما الكبيرة فهي عاقلة لها رأي، والبكر وإن لم تجبر الزواج عملياً إلا أنها تستطيع التمييز بين الرجال وتعرف من يصلح لها ومن لا يصلح، فإذا اختار لها وليها زوجاً كان لها الخيار في القبول والرد، وإذا كانت علة الأجبار الصفر وهي غير موجودة في البكر الكبيرة فلا تجبر لأن الحكم لا يرجع بدون علته.

واستدلوا ثانياً: بأنه ثبت في أكثر من حديث «أن الثيب تستأمر والبكر تستأذن» وهذا يفيد أنها في الكبيرة. لأن الصغيرة لا أمر لها ولا إذن.

وتلك الأحاديث تدل على أنه لا بد من أخذ رأيها في الزواج، لكنها عبرت في جانب الثيب بالاستئثار وفي جانب البكر بالاستئذان، وكل منها يطلب به رأي المرأة لا فرق بينهما في ذلك، وإنما يظهر الفرق في التعبير عن هذا الرأي. ففي جانب الثيب أمر صريح بالكلام أو ما يقوم مقامه من الفعل، وفي جانب البكر مجرد إذن يكفي فيه السكوت الدال على الرضى، يوضح ذلك ما جاء في بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها».

ولما قالت أم المؤمنين عائشة يا رسول الله: إن البكر تستعصي قال «رضاها صماتها» متفق عليه، وهل يتفق الجهر مع الرضى؟

على أنه جاء في رواية لأبي داود والنسائي والبيهقي تستأمر وصماتها إقرارها به وجاء في رواية عائشة قلت: يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن؟ وقال «نعم» قلت: إن البكر تستأمر فتستعصي فتسكت فقال «سكاتها إننها» متفق عليه.

ففي هذين الحديثين التعبير في جانب البكر بالاستئثار. فأي فرق بينهما؟

وأصروح من كل هذا ما جاء في رواية أحمد عن أبي موسى أن النبي ﷺ قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكنت فقد أذنت وإن أبت لم تكوه »^(١) واستدلوا ثالثاً : بأنه ثبت أن رسول الله رد نكاح البكر الكبيرة التي زوجت بدون رضاها .

ففي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه ومسنند الإمام أحمد من حديث ابن عباس « أن جارية بكرا أتت رسول الله فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فغيرها النبي ﷺ وهو حديث صحيح »^(٢) .

واستدلوا رابعاً : بأن رسول الله ﷺ سوى بينها في النهي عن إنكاحها حتى يتحقق ما يدل على رضاها في الحديث المتفق عليه الذي رواه أبو هريرة

(١) قال الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ . حديث أبي موسى أخرجه ابن حبان والحاكم وأبو يعلى والدارقطني .

قال في مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح . قد يقال : إن اليتيمة من لا أب لها وهي لا تجبر عند الجاهل ولا ولاية الجبر للأب فقط . قلنا : إن وصيه له ذلك من بمصده عند المالكية والحنابلة ، والجد له ذلك عند الشافعية حيث إنها ثابتة لها . فالتى فقدت أباهما وزوجها وصيه عند الأولين وجعلها عند الآخرين يتيمة يقول الحديث عنها « وإن أبت لم تكوه » .

(٢) وقرول البيهقي فيه أنه مرسل مردود كما قال الكيال بن الميام في فتح القدير : أولاً بجبعية المرسل الصحيح ، وثانياً . بأن عكرمة رابرة قال مرة : إن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل ، وذكر مرة أو مراراً الوساطة بينه وبين النبي ولا شيء في ذلك ... وقال ابن القطان : حديث ابن عباس هذا صحيح ، وليست هذه خنساء بنت خدام التي زوجها أبوها وهي ثيب . فإن هذه بكر وتلك ثيب ، وهما واقتتان بدليل ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب ويكر أنكحها أبوها وهما كاهمتان

راجع فتح القدير ج ٢

أن رسول الله ﷺ قال : « لا تتكح الأيم حق تستأمر ولا البكر حق تستأذن » (١) فهو صريح في النهي عن إنكاح كل منهما حق يصدر منها مايدل على رضاها .

إذا لا فرق بين الثيب والبكر حتى تجعل الولاية على إحدهما جبرية وعلى الثانية غير جبرية فيترجح بذلك القول بأن الولاية على المرأة البالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً غير جبرية ، لأن المفهوم الذي استدله القائلون بالجبر لا يقوى على معارضة منطوق الأحاديث الأخرى التي استدلت بها المانعون للجبر وقد قدمناها قريباً (٢) .

ولقد قال ابن القيم (٣) في ترجيح القول بعدم ثبوت الجبر على البكر العاقلة الرشيدة « إن عدم الجبر هو الموافق لقواعد الشريعة ، فإن البكر العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها ، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يرقها ويخرج بضعها منها بغير رضاها إلى من يريد ، ويجعلها أسيرة عنده كما قال رسول الله ﷺ : « اتقوا الله في النساء فأنهن عوان عندكم » أي أسراء . ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها » ا هـ

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٧٧ .

(٢) على أنا نقول لهم : إن نظم بقى الحديث الذي استدلوا به يومه يخالف ذلك المفهوم لأنه يقول : « والبكر يستأمرها أو يستأذنها » وهو ظاهر في الوجوب ، ووجوب الاستئذان منافع للأجبار ، لأنه طلب الأمر أو الأذن . وفائدته الظاهرة - كما قلنا - ليست إلا ليلم رضاها أو عدمه فيعمل على رفعه . وهذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم للمعارض ، لأنه يستحيل أن يكون للفرع من الاستئذان أن يستأذنها ثم يخالفها ويزوجها قهرًا عنها . لأنه يجرّد الأمر بالاستئذان عن الفائدة .

(٣) زاد للماد في هدى خير الصبا ج ٤ ص ٢ .

بم يكون الرضا ؟

يتحقق الرضا من الثيب بالقول والفعل كطالبتها بالمهر والنفقة ، وتمكينها من نفسها لحديث « الثيب يُعرب عنها لسانها » والفعل يدل على ما يدل عليه القول . وقول رسول الله لبريرة « إن وطئك زوجك فلا خيار لك » .

أما البكر فرضاها يتحقق بهذين الطريقتين ، وبأمر ثالث وهو السكوت^(١) لحديث « واذننها صماتها » ، ولأنها تستحي من النطق بالأذن في النكاح لما فيه إظهار رغبتها في الرجس ، فتنسب إلى الوقاحة ، فلم يجعل سكوتها إذناً وشرط استنطاقها - وأنها لا تنطق عادة - لفاتت عليها مصالح الزواج مع حاجتها إلى ذلك وهذا لا يجوز ، والسكون وإن كان محتملاً للرضا وعدمه إلا أنه يترجم جانب الرضا ، لأنها لو لم تكن راضية لردت ، لأنها إن كانت تستحي من الأذن فلا تستحي من الرد فلما سكنت ولم ترد دل على أنها راضية .

ويقوم مقام السكوت كل فعل يدل على الرضا . كالتبسم أو الضحك من غير استهزاء ، وقالوا : ومنه البكاء بدون صوت فإنه بكاء الفرح .

المراد بالبكر والثيب هنا :

ليس المراد بالبكر والثيب هنا حقيقتيهما اللغوية ، لأن حقيقة البكارة بقاء العنصرة ، وحقيقة الثيباة زوالها ، والحكم هنا ليس مبنياً على ذلك بالإجماع ، لأن

(١) المنفية قالوا : إن سكوتها يعتبر إذناً في الولي الأقرب أما الأبعد والأجنبي فلا بد من الكلام لأنه توكيل فما ولا بد فيها من القول .

والجناية قالوا : إذن البكر الصغات وهو اللعيب لكن نطقها أبطل ، وقيل يعتبر النطق في غير الأب .

أحكام الولاية لا تقف عند هذا المعنى ، بل هناك صور من ذهبت 'عذرتها' تعامل معاملة البكر في الزواج وما يتعلق به من الولاية .

فالثيب هنا : من ذهبت عذرتها بمقاربة جنسية يتعلق بها ثبوت النسب وهي ما كانت بزواج صحيح أو فاسد أو بشبهة توجب لها المهر بالاتفاق بين الفقهاء .

أما من ذهبت بكارتها بعارض كوثبة أو ضربة أو جراحة أو دفعة حيض شديدة فتعامل معاملة البكر بالاتفاق مع كونها ثيب بالغة ^(١) . لبقائها على حياتها حيث لم تمارس أحدًا من الرجال ، كما أنها لم تبشر الإذن بمقد الزواج أو يقال : إنها بكر حقيقة ^(٢) . لأن مصيبتها بعد زوال عذرتها أول مصيب لها . ومنه الباكورة وهي أول الثمار .

لكن الفقهاء اختلفوا فيمن زالت بكارتها بالزنى .

فالشافعي في الأصح من مذهبه وأبو يوسف ومحمد من الحنفية وأحمد في المشهور عنه يذهبون إلى أنها ثيب تعامل معاملة الثيب في الزواج لا فرق في ذلك بين المطاوعة والمكرهة .

(١) الشافعي قول آخر : وهو أنها تعامل معاملة الثيب في الزواج لزوال عذرتها . شرح النهاج ج ٢ ص ٢٢٢ راجع في هذا الموضوع البدائع الحنفية ج ٢ ص ٢٤٩ وفتح القدير ج ٣ - والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي للمالكية ج ٢ ص ٢٢٢ - والمغنى لابن قدامة الحنبلي ج ٦ ص ٤٩٤ .

(٢) يقول الكمال بن الممام في فتح القدير : إن البكر يقال على من لم يصيبها مصيب ومنه الباكورة لأول الثمار ، والبكرة لأول الثمار ، وعلى العذراء وهي أخص ، أو هي من لم يصيبها مصيب ومن أفرادها ثائمة المنورة فهو متواطئ على التتريف الثاني ومشترك لفظي على التتريف الأول ج ٣ ص ٤٥٣ .

قالوا : إن هذه ثيب حقيقة لغة وشرعا بما حصل منها فإن مصيبتها عائد إليها ، ومنه المثابة الموضع الذي يرجع إليه ، قد دخلت في الثيب في الحديث . وقد فرق بينها وبين البكر .

ولأنها تشبه الموطوءة بشبهة . وقد اتفق الجميع على أنها ثيب فتكون هذه مثلها .

ولأن البكر يكتفى بسكوتهما لحياها وهذه قد ذهب حياؤها بمخالطتها الرجال بهذا الطريق المحرم على أن الحياء أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه وإنما يعرف بمظنته وهي البكارة وقد زالت بالزنى .

ونذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية إلى أنها تعامل معاملة البكر إذا لم تشتهر بالزنى على الأصح ، لأن علة الاكتفاء بصمت البكر الحياء كما جاء بالحديث ، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرة . وهذه لم تبشره بالأذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله .

ولهذا لم تدخل البكر التي زالت عنرقها بالوثبة ونحوها في الثيب في هذا الحديث وإن كانت ثيباً حقيقة ، وأن الشارع ندب إلى الستر على الزنى ، ومعاملتها معاملة الثيب في هذا الموضع تشير بها يتنافى في الستر المطلوب .

وفي هذا يقول الكمال بن الهمام : إن الفرض أن الزنا غير مشهور فيتعارض دليل إلزامها النطق مع دليل المنع من إشاعة الفاحشة في هذه الصورة . والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب : فيها وراعهذه ، ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها أمي بكر الآن ليكتفي بسكوته أم لا ، بل اكتفى بالبناء على الأصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في زنا لم يظهر فيجب كونها بكراً شرعاً .

وقياس الفريق الأول على الوطء بشبهة قياس مع الفارق . لأن الوطء بشبهة

أو ينكاح فاسد أظهره الشارع حيث علق عليه أحكاماً من وجوب المهر وثبوت النسب بخلاف الزنا غير المشتهر فإن الشارع لم يعلق عليه أحكاماً بل أمر بالستر عليه فافترقا .

أما ولاية الأجهل فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة والجعفرية على أنها تثبت على الصغير والبكر الصغيرة والمجانين والمعتقة ذكوراً وإناثاً إذا وجدت مصلحة في تزويجهم .

واختلفوا في ثبوتها على الثيب الصغيرة والبكر البالغة العاقلة .

فالملكية يذهبون إلى ثبوت ولاية الجبر عليها لأن علة الجبر عندم إما الصغر أو البكارة .

والشافعية يقولون بثبوتها على البكر الكبيرة فقط ، لأن علة الجبر هي البكارة لجهلها بأمر الزواج لعدم ممارستها بالتجربة فتكون عاجزة عن اختيار الزوج الملائم ، وعلى هذا لو زوج الأب الصغيرة ثم دخل بها الزوج ثم طلق لا يجوز للأب تزويجها حتى تبلغ فتستشار إذا لا حاجة إلى زواجها ثانية حيث لم تنجس التجربة الأولى فلا داعي لتكرارها ، وهي لا تزوج إلا بأمرها كما صرح الحديث « الثيب تستأمر » ولا أمر لها ما دامت صغيرة فينتظر حتى تبلغ ليكون لها أمر .

والحنفية والجعفرية والحنابلة في أرجح الرأيين عندم يذهبون إلى ثبوت الولاية الجبرية على الثيب الصغيرة دون البكر البالغة ، لأن علة الجبر هي الصغر ، ولذلك تثبت على الصغير وهو لا يوصف بالبكارة ولا بالثيابة ، لأن الصغير يصحبه المعجز عادة عن اختيار الزوج ويلحق به ما في معناه من عته أو جنون .

والثيب الصغيرة كانت الولاية ثابتة عليها قطعا قبل الثبوت فكان الولي يملك جبرها على الزواج إذا وجد مصلحة لها في ذلك لتستوفي حظها منه بعد

البالوغ لعجزها عن ذلك بنفسها وقدرة الولي عليه ، والثبابة التي عرضت لها لا تصلح مانعاً من تزويجها بل تجعلها أحوج إلى التزويج من البكر لأنها مارست الرجال وصحبتهن ، فإذا ثبتت الولاية على البكر فأولى أن تبقي على الثيب الصغيرة ، والمراد بالثيب في الحديث الكبيرة كما سبق بيانه ، وهذا يترجح ثبوت الولاية عليها ، أما البكر البالغة فالراجح عدم ثبوت ولاية الأجير عليها كما بيناه من قبل .

من تثبت له ولاية الأجير ؟

للفقهاء في ذلك آراء . فالشافعية والجمعونية يثبتونها للأب والجد فقط لأن ثبوتها للأب ثبت بتزويج أبي بكر الصديق ابنته عائشة لرسول الله وهي صغيرة والجد مثل الأب في كثير من الأحكام حيث يتصرف في مالها كالأب فيأخذ حكمه في ثبوت الولاية ، ويقتصر على هذين لو فور شفقتهم التي لا تتوفر في غيرهما من العصبات .

والمالكية والحنابلة في المشهور عندم يثبتونها للأب ووصيه ، لأن الوصي قائم مقام الأب واختياره يدل على ذلك ، فإن الأب لا يختار وصياً لتزويج ابنته إلا إذا كان موفور الشفقة حريصاً على مصلحة ابنته .

وأضافوا الحاكم للأب والجد في ثبوت الولاية العجيرة على المجانين والمعتاه . غير أن المالكية يقيدون ولاية الإجير للوصي بعالي ما إذا عين الأب الزوج أو فوض له الأمر بأن يزوجه من يشاء ، فإذا ملك الوصي الإجير لا يزوجه إلا بمهر المثل والزوج الكفء بخلاف الأب فإنه يملك الإجير مطلقاً^(١) .

(١) الشرح الكبير لمجاشية العمري ج ٢ ص ٢٢٢ .

والهتفيه يثبتونها المصبات واستدلوا بإجماع الصحابة ، وما روى عن علي كرم الله وجهه « النكاح إلى المصبات » فقد روى مرة موقوفاً عليه وأخرى مرفوعاً لرسول الله ، ولو جرد الشفقة عند سائر المصبات غير أنهم لما كانوا مختلفين في قوة القرابة والشفقة اختلف الحكم في تزويجهم حيث يكون نارة لازماً ، وأخرى غير لازم . ففي تزويج الأب والجد والابن بالكفاءة والمهر المناسب يكون العقد لازماً لا تخير فيه ، وفي تزويج غيرهم جعل للعولي عليه الخيار عند البلوغ إذا كان صغيراً أو الأفاقة إن كان مجنوناً ليتدارك الخطأ الذي يكون في تزويجهم .

المبحث الخامس

في أحكام تزويج الأولياء وأثر الكفوف في الولاية

هذه الأحكام وإن تقدم ذكر بعضها في ثنايا الكلام لكنها تحتاج إلى جمعها في بحث واحد ، وقبل بيان تلك الأحكام نطرح السؤال الآتي :

هل لهذه الأحكام فائدة عملية الآن بعد ما منع قانون المائلة تزويج الصغار في مادته السابعة ، ومنع زواج المجنون والمجنونة إذا لم يكن مبنيًا على ضرورة وإذا وجدت ضرورة يعقد الولي النكاح بأذن الحاكم ، وبعد ما قيدت القوانين المصرية الزواج بسن معينة ، ومنعت الموثقين من وثيق عقود زواجهم ، كما منعت القضاة من سماع دعوى للزوجية أو ما يتعلق بها إذا لم يبلغ الزوجان أو أحدهما السن القانونية ؟

والجواب : أن تلك القوانين وإن جمعت أحكام تزويج الصغار غير عملية لعدم واقعتها لكنها باقية عملياً بالنسبة لتزويج فاقد الأهلية من المجانين

والمعانيه على ما كانت عليه في مصر لعدم تعرض القوانين لها ، وكذلك في لبنان لأن القانون لم يعرض إلا لمنع زواج المجانين إلا للضرورة . فإن وجدت عقد الولي الزواج بأذن الحاكم ، ويبقى بعد ذلك إذا زوج الولي المجنون أو المجنونة بعد إذن الحاكم زواجاً غير متكافئ ، أو يهر فيه غبن ثم أفاق المجنون أو المجنونة . لم يعرض لها القانون فيرجع في حكمها إلى مذهب الحنفية . كما هو الشأن في حكم ما سكت عند القانون .

ومن هنا كان لا بد من معرفة تلك الأحكام ولو بصورة إجمالية .
واليك البيان .

عرفنا مما سبق أن الولاية في التزويج للقاصرين صفاراً أو مختلي المقل تثبت للأقارب من العصبات ونوي الأرحام على الرأي المقتضى في مذهب الحنفية ثم من بعدهم للقاضي ، وإنما تثبت للأقارب أولاً لوفور الشفقة عندهم ورعايتهم المصلحة ، وللقاضي ثانياً لرعايته المصلحة دون نظر لمنصر الشفقة .

ولذلك لم تجمل للأجانب لانعدام الأمرين عندهم غالباً .

ولما كان عنصر الشفقة والحرص على المصلحة يختلفان من ولي لآخر حسب درجة قرابته من المولى عليه اختلفت أحكام التزويج تبعاً لاختلاف الولي الذي تولاها . فقد يكون لازماً وقد يكون غير لازم ، كما يكون غير صحيح أحياناً ، لهذا قسم الفقهاء الأولياء من الأقارب إلى قسمين :

الأول : الأب والجد والأبن . وإن شئت قلت الأصول والفروع .

والثاني : من عداهم من فروع الأبوين وفروع الأجداد .

فإن كان الولي من النوع الأول ولم يعرف بسوء الاختيار قبل العقد انعقد عقده صحيحاً نافذاً لازماً ، فلا يكون للقاصر خيار فيه بعد بلوغه أو إفاقته

حق ولو كان التزويج بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل بالنسبة للأنتى ، أو بأكثر من مهر المثل بالنسبة للمجنون والصغير عند أبي حنيفة ، لأن هذا الولي لو فور شقيقته وحسن اختياره وحرصه على مصلحة المولى عليه لا بد أن يكون تنافى عن الكفاءة والمهر المناسب لمصلحة خفية تفوق ذلك . كاختيار من يحسن العشرة ولا ينتظر منه أذى ، أو من لا يشح بالإنفاق على الزوجة مثلا .

وشرط الصاحبان للزوم العقد أن يكون بالكفء والمهر المناسب ، محافظة على المصلحة الظاهرة ، فإن كان التزويج بغير الكفء أو بغير قاحش ، لا يكون لازماً لأنه لا مصلحة في هذا العقد .

وإن كان هذا الولي معروفاً قبل العقد بسوء الاختيار^(١) . فإن زوج بالكفء والمهر المناسب لزم العقد اتفاقاً ، وإن كان بغيرهما لم يصح العقد اتفاقاً ، وقيل إن رأى الأمام إنه صحيح غير لازم .

ومذهب الجعفرية في هذه الحالة . أن العقد موقوف على إجازة المولى عليه بعد تحقق أهليته سواء أكان بالكفء ومهر المثل أو بغيرها .

وإن كان الولي المزوج من النوع الثاني . فإن كان بالكفء والمهر المناسب صح العقد ونفذ ، ولا يكون لازماً على الراجح من المذهب فيثبت للمولى عليه الخيار عند زوال سبب الولاية . يدل لذلك أن النبي ﷺ لما زوج أمامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة قال : « لها الولاية إذا بلغت » ، ولأن هذا النوع من الأولياء ليس كالنوع الأول في وفور شقيقته وشدة حرصه على مصلحة المولى عليه ، فلا بد أن تبقى الفرصة للصغير ليتداركها ما قد يكون لحقه من ضرر خفي بتزويج أخيه أو أخته أو للقاضي ، وقال أبو يوسف : العقد لازم لظهور المصلحة وهو مخالف

(١) سوء الاختيار : أن يكون فاسقاً أو مستهزئاً مانحاً لا يبالي بما يصنع وما يقال له . أو يكون سفياً طماعاً . كما يقول ابن عابدين في رد المختار .

للحديث ، وإن كان الزواج بغيرهما لم يصح اتفاقاً لتتحقق الضرر مع قلة الشفقة ،
والحرص على مصلحة المولى عليه ، والجعفرية يرون أن عقد غير الأب والجد
موقوف مطلقاً على الإجازة . إجازة الأب أو الجد إن كان موجوداً ، أو إجازة
المولى عليه بعد تحقق أهليته إن لم يكن أحدهما موجوداً لعدم الولاية لهؤلاء .

وقت الخيار :

وإذا ثبت الخيار على مذهب الحنفية . يكون عند كمال الأهلية بالبلوغ أو
الإفاقة مع العلم بهذا الزواج فإن رضي به لزم ، وإن لم يرض به ثبت له حق
فسخه ، ويتحقق الرضا من النيب بالقول أو الفعل ، ومن البكر بهما وبالسكوت
أيضاً ، وعليه إذا اختار الفسخ أن يشهد وقت علمه بعد البلوغ أو الإفاقة على
أنه لا يريد هذا الزواج فإن تأخر لا يقبل منه ذلك ، والفسخ لا يكون إلا بقضاء
القاضي بعد أن يرفع دعوى يطلب الفسخ . بناء على أن الذي زوجه غير أصله
وفرعه ، وأنه لم يرض بهذا الزواج ، وما دام للقاضي لم يفسخ ، فالزواج قائم
بآثاره حتى لو مات أحدهما يرثه الآخر .

الفصل الثاني

في الكفاءة في الزواج

وفيه مبحثان وخاتمة

المبحث الأول في تعريفها والأمور التي تعتبر فيها :

ظهر لنا مما سبق أن الكفاءة في عقد الزواج قد تكون شرطاً لصحته في بعض الحالات ، وقد تكون شرطاً للزومه في حالات أخرى ، فما هي هذه الكفاءة وبأي شيء تتحقق ، وفي أي جانب تعتبر ، وما هو الوقت الذي تعتبر فيه ؟ وأخيراً هل في اعتبار الكفاءة منافاة لمبدأ المساواة المقرر بين الناس في الإسلام ؟

الكفاءة في اللغة: المساواة والمماثلة مطلقاً. يقال: فلان كفء لفلان أي مساو له ومماثله .

وفي اصطلاح الفقهاء أي المطابقة في الزواج : يراد بها مساواة خاصة . وهي المساواة أو المقاربة بين الزوجين في أمور مخصوصة بحيث لو اختلفت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة وأولياءها من التمييز والأذى ، ولقد

اختلف فقهاء المسلمين في جعلها شرطاً في الزواج ، كما أن الشارطين لها اختلفوا فيما تعتبر فيه الكفاءة ، والسبب في ذلك أن القرآن لم يعرض لهذا الأمر ، بل جاء فيه « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » ، والسنة جاءت موافقة له في قول رسول الله ﷺ : « ليس لعربي فضل على أعجمي إلا بالتقوى » .

فالقرآن والسنة متفقان على أنه لا فضل لأحد على غيره إلا بالدين والخلق ، غير أن رسول الله ﷺ يقول في شأن الزواج : « إذا أياكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » ، وعلى هذا الأصل أمر رسول الله ﷺ بني يثاعة أن يزوجوا أبا هند وكان حجاجاً ، كما أمر قوماً من الأنصار أن يزوجوا بلالاً الحبشي عند امتناعهم عن تزويجه ، وزوج أبو حذيفة بنت أخيه الوليد بن عتبة من سالم الذي تبناه وهو مولى امرأة من الأنصار كما رواه البخاري وأبو داود وغيرهما ومن ذلك ترى أن الأساس في الكفاءة الزوجية على عهد رسول الله ﷺ هو الدين والخلق ، وعلى هذا القدر اقتصر بعض فقهاء الصحابة والتابعين .

وهنا يبرز السؤال الآتي : هل تقتصر في اعتبار الكفاءة على هذا القدر أو يصح أن نعتبر فيها أموراً أخرى ؟

والجواب عن هذا السؤال ينبغي أولاً أن نبين . هل الكفاءة في الزواج حق للشارع بحيث لا تسقط ولو تجاوز عنها الزوجة وأولياؤها فتقف عند هذا القدر ؟ .

أو هي حق للزوجة وأولياؤها فلو تجاوزوا عنها ورضوا بغير الكفاءة كان الزواج صحيحاً فنعتبر أموراً أخرى مما يمتن به للناس محققاً للتقارب بين الزوجين ؟ .

جمهور الفقهاء برون أنها حق للزوجة وأوليائها^(١) . لم يخالف في ذلك - فيما نعلم - إلا الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه ، فقد جعلها حقاً للشارع فلا تسقط بإسقاط المرأة ووليها .

وفي الرواية الأخرى يوافق الجمهور ويجعلها حقاً للزوجة والأولياء من المصبات لأنهم يتعيرون عند الزواج بدونها .

وإذا أضفنا إلى ذلك أن الناس على عهد رسول الله ﷺ ، ما كانوا يتفاخرون إلا بالسبق في الإسلام ومنزلة الرجل فيه ، ولم يكن المال عندهم إلا وسيلة للحياة . فلم يكن بينهم تمير بفقر ولا فقر بغنى ، ومثل ذلك يقال في الحرف ، وما كان الواحد منهم يأنف من أن يزوج ابنته لفقر أو صاحب حرفة بسيطة ، ما دام دينه سليماً وخلقه مرضياً .

وإن الزواج كما عرفناه عقد الحياة ، يربط بين الأسر ويجعل الزوج كفرد من أفراد أسرة زوجته ، والناس في كل عصر تختلف عاداتهم فيما يتعيرون منه . وأن اشتراط الكفاءة فيه لم يكن إلا وسيلة لدعمه واستقراره ليؤتى ثمرته المرجوة منه .

إذا عرفنا ذلك أمكننا أن نقول جواباً عن السؤال السابق : إنه لا مانع شرعاً من اعتبار أمور أخرى في الكفاءة ما دامت لا تخرج عن نطاق الشريعة وأن هذه الأمور تختلف من عصر لآخر ومن بيئة لأخرى ، ومن هنا جاء اختلاف الأئمة في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة .

(١) يقول الإمام الشافعي في الأم ج ٥ ص ١٣ : « ليس نكاح غير الأكفاء حرماً ، فأراد به النكاح وإنما هو تقصير للمرأة والأولياء . فإذا رضوا صح ويكون حقاً لهم مكره . فلو رضوا إلا واحد فله فسخه » .

فالإمام مالك في ظاهر منحه يعتبرها في الدين أي التدين . بأن يكون الزوج ذا دين ، أي غير فاسق مع السلامة من العيوب الجسمية التي لا يمكن الحياة معها إلا بضرر ، وجعلوا الأول حقاً للزوجة والأولياء ، والثاني حقاً لها خاصة وفي قول آخر زادوا الحرية ^(١) . فالعبد على هذا القول ليس كفتناً للحررة . بخلاف الأول .

والإمام الشافعي يعتبرها في أمور خمسة : الدين والنسب والحرفة والحرية ، والآخر من العيوب المثبتة للخيار . كالجنون والجذام والبرص ، وقد زاد بعض أصحابه أمراً سادساً وهو المال ، والأصح عدم اعتباره ، لأن المال غاد ورائح ولا يقتضيه أهل المروءات .

والروايات مختلفة عن الإمام أحمد . ففي بعضها تعتبر في التدين فقط . وفي أخرى تعتبر في التدين والنسب ، وفي ثالثة في الدين والنسب والحرفة .

والحنفية اعتبروها في أمور ستة . وهي النسب والإسلام والحرية والحرفة ، والمال والديانة على خلاف بينهم في بعضها .

والجعفرية اختلفت آراؤهم . فمنهم من يعتبرها في الإسلام فقط ، ومنهم من يضم إليه القدرة على التفقة ، بل منهم من يزيد النسب والحرفة ^(٢) .

يقول صاحب الجواهر : المدار على الإسلام في التكاح ، وأن جميع فرقته التي

(١) واستظهر بعض المتأخرين منهم التفصيل بين العبد من الجنس الأبيض ، والذي من الجنس الأسود . فجعلوا الأول كفتناً لأن الرغبة فيه أكثر من الأحرار . والثاني ليس كفتناً لأن النفوس تنفر منه ويقع به اللذم للزوجة . راجع حاشية المصنف ج ٢ ص ٢٤٩ . وهذا كما ترى تفرقة عنصرية بسبب اللون .

(٢) راجع مسائل الخلاف للطوسي ج ٢ . والأحكام الجعفرية ص ١٦ وقفة الإمام جعفر

لم يثبت لها النصب والعلو أو نحو ذلك ملة واحدة يشاركون في التناسك بينهم والتوارث وغيرها من الأحكام والحدود .

ثم نقل عن جماعة من فقهاءهم اشتراط كون الزوج قادراً على النفقة ، وبين أن أكثر الفقهاء على خلافه .

هذا ولما كان مذهب الحنفية هو المعمول به في مصر ولبنان بالنسبة للمسلمين المسلمين، حيث يتفق قانون حقوق العائلة معه في الجملة كما صرحت المادة ٥٤١^(١) رأينا تفصيله هنا .

١ - النسب : وهو انتفاء الشخص إلى أصل معلوم . فإذا كانت الزوجة لها نسب متصل بأصل معلوم لا يكون كفناً لها إلا رجل له نسب مثل نسبها ، هذا القدر متفق عليه بين أئمة الحنفية إذا كان الزوجان من العرب ، وعطوا ذلك بأنهم هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها موضع الفخر والذم فيهم ، غير أنهم لم يجعلوا العرب كلهم في درجة واحدة ، بل جعلوا قريشاً أعلاها نسباً ، فالقرشي كفاء للقرشية وغيرها من العرب ، وغير القرشي كفاء للعربية غير القرشية .

ومن هنا لا يكون للنسب اعتبار في الكفاءة بين غير العرب^(٢) ، ولا يكون غير العربي كفناً للعربية .

لكن روى عن أبي يوسف أن غير العربي إذا اشتهر بفضل العلم حتى صار

(١) ونفسها ، « بشرط في لزوم التكاح أن يكون الرجل كفناً للمرأة في المال والحرفة وأمثال ذلك . والكفاءة في المال ، أن يكون الزوج مقتدراً على إعطاء المرأة المهر الميسل وعلى القيام بنفقة الزوجة ، والكفاءة في الحرفة أن تكون تجارة الزوج أو خدمته التي سلكها مقاربة في الشرف لتجارة ولي الزوجة أو خدمته » .

(٢) المراد من العرب هنا ، كل من انتسب إلى قبيلة عربية . لا من يتكلم اللغة العربية . والمبجم هم الذين لا ينتسبون إلى قبائل العرب ، وإن كانوا يتكلمون اللغة العربية .

مرفوع المكانة عند الناس كان كفتا للعربية القرشية ، بل للهاشمية لأن شرف العلم فوق شرف النسب .

كما روى عن الإمام الشافعي : أن الكفاة في النسب معتبرة عند المعجم فيما بينهم قياساً على اعتباره عند العرب ، لأن العلة التي من أجلها اعتبر النسب في الكفاة عند العرب هي حفظهم أنسابهم وتفاخرهم بها ، فإذا وجد شيء من ذلك عند غيرهم اعتبر كذلك ، وعلى هذا الرأي جرى أكثر أصحابه من بعده .

هذا ما قرره فقهاء الحنفية هنا . ونحن نرى أن اعتبار النسب بهذه الصورة لا يتفق ومبادئ الإسلام الذي جاء ليقتضي على العصية والتفاخر بالآباء والأجداد ويرفع الفوارق الذي وضعها الناس .

فهل قرز الإسلام أن العرب باعتبار نسبهم أفضل من غير العرب ، أو أن قريشاً أفضل من العرب على الإطلاق ؟

وهل يتفق ذلك مع قول رسول الله ﷺ في خطبة الوداع : « الحمد لله الذي أذهب عنكم نخوة الجاهلية وتفاخرها بآبائهم ، أيها الناس إنما الناس رجلان . مؤمن تقي كريم على الله ، وفاجر شقي هين على الله ، ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى كلكم لأدم وأدم من قراب » .

الذي يلغي فيه الرسول التفاخر بالأنساب ، ويحكم عليه بأنه عمل جاهلي ؟ .

وهل يتفق ذلك مع قوله : « يا بني هاشم لا يأتيك الناس بالأعمال وتأتوني بالأنساب » .

وهل يتفق ما وقع في عهد رسول الله ، من وقائع تزوج فيها غير العربي بالعربية ، وغير القرشي بالقرشية . مع ما استند إليه فقهاء الحنفية من حديث يروي في هذا الموضوع يقول : « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، بطن بطن

والعرب أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ؟
الحق أن هذا الحديث غير صحيح كما يقول نقاد الحديث ، بل إن ابن عبد البر
قال عنه : « هذا حديث منكر موضوع » (١) .

٢ - الأسلام : وليس معناه كون الزوج مسلماً ، لأن ذلك شرط لصحة
الزواج ، بل معناه أن يكون أصول الزوج مسلمين ، ويكفي في تحقق هذا
إسلام أبيه وجده ، لأن تعريف الشخص تعريفاً كاملاً يكفي فيه ذكر أبيه وجده ،
وعلى هذا يكون الزوج المسلم الذي له أبوان في الإسلام ، يكون كفناً للزوجة
المسلمة التي لها آباء من المسلمين .

والزوج الذي يكون له أب مسلم وليس له جد مسلم ، لا يكون كفناً للزوجة
لها آباء أو أبوين من المسلمين .

وخالف أبو يوسف في ذلك فقال : يكون كفناً ، لأن الكفاءة في الإسلام
يكفي فيها إسلام الزوج وأبيه ، بناء على أن تعريف الشخص عنده يكفي فيه
ذكر الأب فقط .

والزوج الذي ليس له أب مسلم لا يكون كفناً للزوجة لها أب أو آباء من
المسلمين بالاتفاق ، ثم قالوا : إن اعتبار الكفاءة في الإسلام على هذا الوجه إنما
هو في حق غير العرب ، لأنه جرى عرفهم بتفاجرهم بالإسلام ، كما تفاجر
العرب بالأنساب ، وأما في حق العرب فلا يشترط ذلك ، بل إن العربي بمجرد
إسلامه يكون كفناً لمن كان لها آباء في الإسلام ، وهذا إذا تزوج بعربية مسلمة ،
أما إذا تزوج بغير عربية فالظاهر أنه لا يكون كفناً لها . إذا جرى عرف أهل
الزوجة بأنهم يتعمرون بذلك .

(١) راجع نصب الرأية في تخریج أحادیث الهداية ، وفيل الأوطار ج ٦ ص ١١ .

٣ - الحرية : والتفصيل فيها كالتفصيل في الإسلام من أنها معتبرة عند غير العرب . فغير الحر لا يكون كفتاً للحرية ، والمتق ليس كفتاً لمن لها أب حر ، ومن له أب حر ليس كفتاً لمن لها أبوان حران ، ومن له أبوان حران كفاء لمن لها آباء من الأحرار .

وقال أبو يوسف يكفي في تحقق الكفاءة أن يكون أب واحد حر فيكون كفتاً لمن لها أبوان أو أكثر من الأحرار ، ومن له أب حر كفاء لمن لها أب فقط في الحرية .

وروى عن أبي يوسف أن من أعتق وحاز فضل العلم يكون كفتاً للمرأة التي لها آباء أحرار .

وإنما كانت الحرية شرطاً في تحقق الكفاءة ، لأن الرق يجلب العار كما يجلبه وضاعة النسب ، وأنت ترى معي أن اشتراط الحرية على هذا الوجه ليس له موضع الآن ، لانتفاء الرق من زمن بعيد .

ومن كان أصله عتقاً أيام وجود الرق أصبح الآن له آباء من الأحرار لطول الزمن ، فلا توجد منه صور تمنع الكفاءة الآن .

٤ - الحرفة : وهي العمل الذي يزاوله الإنسان ليكسب منه رزقه ، من صناعة وتجارة وزراعة ووظيفة ، ومعنى اعتبار الحرفة في الكفاءة ، أن تكون حرفة الزوج أو أهله مقاربة لحرفة ولي الزوجة ، وليس بلازم أن يكونا متعدين ، فإذا كانت لا تقاربها بأن كانت أقل منها لا يكون كفتاً لها ، لأن الزوجة وأهلها يمتدرون بذلك ، والمرجع في ذلك إلى العرف ، وهو مختلف باختلاف الزمان والمكان .

فإذا كان العرف يعتبر هذه الحرفة دنيئة انتفت الكفاءة ، والكفاءة معتبرة في كل الناس عرباً كانوا أو غير عرب .

واعتبار الحرفة في الكفاءة رأي أبي يوسف ومحمد . وهو الراجح القوي به في المذهب ، لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرفة ويتعبرون بحفارتها . ألا ترى أن صاحب الحرفة الوضيعة إذا تحول عنها إلى غيرها أشرف منها ، تبقى آثار الأولى لازمة له وعارها لا يفارقه .

ونذهب أبو حنيفة ومعه أبو يوسف في رواية إلى عدم اعتبارها إلا أن تكون متناهية في الحقارة كاللدباغ والحجام في عصرهم ، لأن الحرف أوصاف غير لازمة ، فقد يتحول عنها إلى غيرها أشرف منها ، والأيام دول لا تسير على حالة واحدة .

هـ - المال : والكفاءة في المال معتبرة عند سائر الناس لا فرق بين عرب وضيهرهم .

وقد اتفق أئمة المذهب على أن الكفاءة في المال معتبرة ، ولكنهم اختلفوا فيما تنحى به الكفاءة المالية . فأبو يوسف يرى أن معناها أن يكون الزوج قادراً على إيفاء الزوجة عاجل مصادقها ، وعلى الاتفاق عليها مدة شهر إن لم يكن صاحب حرفة يكتسب منها كل يوم ما يكفي للأفناق .

ويعتبر الزوج قادراً على ذلك بنفسه ، أو بقدرة أبيه أو جده أو من جرت العادة بأنهم يدفعون لهم مهرهم ويقومون بالاتفاق عليهم ، لأن المقصود حصول الدفع والاتفاق من جهة الزوج ، فإذا تحقق هذا كان الزوج كفئاً لمن فاقته في الثراء والفنى ^(١) .

وأبو حنيفة ومحمد يشارطان في تحقق الكفاءة المالية القدرة على المهر والنفقة والمقاربة في الثراء مع أهل الزوجة لأنهم يتعبرون بتدريج من هم أقل منهم ثراء في عرف الناس .

(١) رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ص ٤٢٥ .

والرأي الأول هو المتمدن في المذهب ، لأن الكفاة تعتبر في الأمور اللازمة التي لا تزول ، والفنى غادر ورائع فك من فقير أصبح من أصحاب الأموال ، وم من غني أصبح فقيراً معدماً ، ولأن تنفيذ عقد الزواج لا يتوقف على كثرة المال ما دام قادراً على المهر والتنفقة .

٦ - الديانة : والمراد بها هنا مساواة الزوج للزوجة في الصلاح والتقوى ، فالفساد ليس كفناً للصالحه سواء كان أبوها صالحاً أو فاسقاً ، بل هو كفاء الفاسقة وإن كان أبوها صالحاً ، لأن الأب لا يلحقه تعير من هذا الزواج ، لأن تعيره بابتثه الفاسقة أشد من تعيره بزوجه الفاسق .

وإذا كانت الزوجة صالحة وأبوها فاسق ورؤيت بزواج الفاسد صح زواجها وليس لأبيها حق الاعتراض ، لأن الكفاة حقها هنا وقد أسقطته .

وأئمة المذهب الحنفي مختلفون في اعتبار الديانة بهذا المعنى في الكفاة على رأيين . رأي يشارطها وينسب إلى أبي حنيفة وأبي يوسف ، ورأي لا يشارطها وينسب لحمد بن الحسن ، لأن الفسق والصلاح من أمور الآخرة فلا تبنى عليه أحكام الدنيا ، إلا إذا كان الرجل مجاهرأ بفسقه حتى يصير سخرية الناس . كالذي يسكر ويعريد في الطرقات ، والذي يجاهر بمصاصه كلب القهار وترك الفرائض ، أما إذا كان مستوراً فهو كفه للمرأة الصالحة المستقيمة .

والراجح اعتبار ذلك . لأن الصلاح من أعلى المقايير ، والأتقياء الصالحون يعيرون بمصاهرة الفاسق المستهزين ، وأت المرأة الصالحة تعير بفسق زوجها أكثر مما تعير بضعة نسبه ، ويرشد لذلك قول رسول الله ﷺ : « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه » . تلك هي الأمور التي اعتبرها الحنفية في تحقق الكفاة ، ومنها نرى أنهم تشددوا فيها أكثر من غيرهم ، وهو الذي يتفق ومنهيبهم من أنهم أطلقوا للمرأة البالغة العاقلة الحرة في تزويج نفسها

وومعوا دائرة الأولياء حتى يمكن تلافي الخطر الناتج عن تزويج المرأة نفسها ،
وتزويج الأولياء في بعض الحالات .

وإذا عرفنا أن النصوص لم تشترط كل هذه الأمور ، بل منها ما يتعارض
معيها ، وإنما شرطها الفقهاء بناء على ما تعارفه الناس في زمنهم ، وأن الأساس
في اشتراطها هو دفع العار عن الزوجة وأوليائها ، فينبغي ألا يلق الأمر عند
ما شرطوه بناء على عرفهم ، بل يدور مع ما يجد من العرف من أمور يصح
اعتبار الكفاءة فيها ، كالتقارب في السن أو الثقافة ، لأن الفارق الكبير فيها
يجعل الحياة الزوجية غير مستقرة .

المبحث الثاني

في أي الجانبين تشترط فيه الكفاءة ؟ وصاحب الحق فيها :

تشترط الكفاءة في جانب الرجل فقط لأمر .

أولاً : أن المرأة هي التي تعبر بزواج غير الكفاءة ، كما أن أهلها يميرونها
بذلك ، أما الرجل فلا يلحقه هو ولا أسرته معرة بزواج امرأة لا تساويه في
المنزلة ، ولو فرض وتمير بها استطاع أن يتخلص منها بالطلاق .

ثانياً : أن الرجل له الغرامة على المرأة ، فسلطة التوجيه له لا لها ، فلا يد من
مساواتها لها على الأقل حتى تتقبل منه التوجيه ، لأنه لو كان أقل منها منزلة فقد
تشتبهت به وتأنف من تنفيذ ما يطلبه منها .

ثالثاً : أن الرجل إذا كان صاحب منزلة بين الناس رفع امرأته معها وكانت
درجتها ، عكس المرأة فإنها معها علت درجتها فلن ترفع ما في زوجها من خسة
ووضاعة .

ولا تشترط الكفأة في جانب المرأة إلا في صورتين :

الأولى : إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير أصله وفرعه أو واحد منها ، وكان معروفاً بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة هذا الزواج كون الزوجة مكافئة له ، لأن الولي في هذه الحالة لا يملك من التصرف إلا ما فيه صالح المولى عليه ، والزواج بغير المكافئة لا مصلحة فيه .

الثانية : إذا وكل كامل الأهلية رجلاً وكالة مطلقة في أن يزوجه فزوجته . فإنه يشترط لنفاذ هذا العقد أن يكون الزواج بامرأة تكافئه عند الصالحين . وهو الرأي المقتضى به في المذهب الحنفي ، لأن الكفأة في هذا الزواج ملاحظة عند التوكيل ، ولو لم يصرح بها ، لأن الموكل لو كان يقصد الزواج بأي امرأة لما لجأ للتوكيل .

وأنت إذا أمنت النظر في هاتين الصورتين وجدت أن الكفأة لم تشترط فيها من جهة أن مساواة المرأة للرجل شرط لصحة الزواج . بل من جهة أن المزوج وهو الولي في الصورة الأولى ، والوكيل في الصورة الثانية مقيد بالتزوج بمن تكافئه ، وليس له سلطان في التزويج بغير الكفء .

وقت اعتبار الكفأة :

تعتبر الكفأة وقت إنشاء العقد فهي شرط في ابتدائه ولا تشترط لبقائه . وعلى ذلك لو تزوج رجل امرأة وكان كفئاً لها ثم زالت كفائته . بأن كان غنياً وافترق ، أو كان صالحاً ثم انحرف وأصبح فاسقاً ، أو كان صاحب حرفة شريفة فاحترف غيرها أقل منها فالزواج باق لا يفسخ لزوال الكفأة .

لأننا لو شرطناها في البقاء تهدمت الأسر ولما استقر عقد من عقود الزواج ، لتقلب الأحوال كما هي سنة الحياة ، ولأن المرأة في هذه الحالة لا يلحقها عار

ببقائها مع من زالت كفايته، بل قد تكون محمودة مشكورة على صبرها ورضاها بقضاء الله ، وفي عرف الناس بعد بقاؤها ورضاها وفاء ، وتقورها وعدم رضاها غير ذلك .

وقانون حقوق المائلة يصرح بذلك في المادة - ٤٦ - - ونصها :

« تعتبر الكفاءة في ابتداء العقد فإذا زالت بعد العقد لا تؤثر عليه » .

من له حق الكفاءة :

يرى الجعفرية أن الكفاءة حق للزوجة وحدها ، فإن أسقطته سقط وليس للولي الاعتراض على زواجها من غير كفاء .

وعند جمهور الفقهاء هي حق للزوجة وأوليائها ثابت لكل منهما على حدة لا يسقط إلا بإسقاطه ، فلا أسقطه أحدهما بقي حق الآخر ، لكنه ثابت للولي في جميع الصور من غير استثناء ، وللزوجة إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا كانت فاقدة الأهلية وزوجها بغير الكف مولي من أصولها أو فروعها غير معروف بسوء الاختيار فإن العقد صحيح لازم عند أبي حنيفة .

وينتفع على ذلك الفروع الآتية :

١ - إذا زوجت البالغة المأقاة نفسها بدون إذن وليها من غير كفاء ، فإن هذا العقد موقوف على إجازة الولي على إحدى الروايتين عند أبي حنيفة ، وفاسد على الرواية المتفق بها . كما سبق بيانه .

٢ - إذا زوج الولي البالغة المأقاة بغير كفاء بدون رضاها توقف ذلك على إجازتها ، لأن حقها في الكفاءة ثابت لا يسقط إلا بإسقاطها .

٣ - إذا زوجت نفسها بمن لا تعرف حاله ، ولم تشترط الكفاءة عند العقد. ثم ظهر أنه غير كفاء سقط حقها بتقصيرها في البحث عنه وعدم الاشتراط وبقي حق الولي فيتوقف على إجازته .

٤ - إذا زوجها الولي من رجل لا تعرف كفاؤه برضاها ولم تشتط هي ولا وليها للكفاءة ثم ظهر أنه غير كفء لزم العقد وسقط حقهم بتقصيرهم في البعث وعدم الاشتراط في العقد .

وعلى هذا لو شرطت هي أو وليها الكفاءة في الصورة السابقة ثم تبين أنه غير كفء كان الحق ثابتاً للشارط دون غيره .

٥ - إذا غرر الزوج عند العقد في الكفاءة بأن ادعى ما ثبت كفاؤه ثم تبين أنه غير كفء كان الحق لها ولأوليائها سواء كانت هي التي باشرت العقد أو باشره وليها برضاها .

٦ - إذا غرر الزوج في النسب بأن نسب نفسه إلى عائلة أعلى من عائلته ثم ظهر كذبه ، فإن لم يكن مكافئاً لها ثبت الحق لها ولوليها ، فإن رضيت به كان لوليها حق الاعتراض وبالعكس ، فإن رضيا سقط حقهما ولزم العقد ، وإن كان كفئاً لها سقط حق الأولياء لأن حقهم في الكفاءة فقط ولم يوجد تقرير فيها وبقي حقها في الفسخ لأنها قبلت زواجه على أساس نسب معين ولم يوجد فلا تجبر على إبقاء هذا العقد ، لأن المرأة قد ترضى بالزواج من هو أفضل منها ولا ترضى به من يائسها ، ومن هنا يدخل الخلل في رضاها الذي هو أساس صحة العقد .

وإذا كان التقرير من جانبها بأن انتسبت إلى غير أسرتها فتزوجها على ذلك ثم ظهر أنها من أسرة أخرى أقل مما انتسبت إليهما فلا خيار له ، لأنه لا يلحقه عار بزواج امرأة أقل منه ، وعلى فرض حصوله يمكنه التخلص منها بالطلاق .

ثم إن حق الكفاءة يثبت للولي المعاصب القريب دون غيره من ذوي الأرحام والأم والقاضي ، فإن كان لها ولي واحد ثبت الحق له ، وإن تعددوا كان الحق للأقرب .

وعلى ذلك إذا رضي القريب بغير الكفء لم يكن البعید حق الاعتراض ، وإن لم يرض القريب فلا يؤثر رضا من بعده .

وإن تعددوا وكانوا متساوين كالأخوة الأشقاء أو الأعمام الأشقاء مثلاً فإن الحق يثبت لكل منهم فإن اتفقوا على الرضا بالمقد نفذ ، وإن رضي البعض بهذا المقد قبله أو عند إنشائه ولم يرض الآخرون .

فأبو حنيفة وعمر بن عبدان إلى أن رضا البعض مسقط لحق الباقيين ، لأن الولاية حق لا يتجزأ ، لأن سببها القرابة وهي لا تتجزأ فيثبت الحق لكل منهم كاملاً ، وعلى هذا يكون رضا البعض بمثابة رضا الجميع كما في ولاية الأمان فإنها تثبت لكل واحد من المسلمين ولو كان امرأة ، فإذا أعطى واحد منهم الأمان لشخص من الأعداء استبحار به نفذ على الجميع ، وكذلك المغر عن القصاص إذا عفا أحد الأولياء للمقتول عن القصاص سقط حق الباقيين في المطالبة به .

وذهب أبو يوسف وزفر إلى أن رضا البعض غير مسقط لحق الباقيين ، لأنه حق مشترك فلا يسقط إلا بأسقاط الكل وذلك كالدين المشترك بين جماعة إذا تنازل بعضهم عن حقه يبقى حق الآخرين .

والراجح هو الرأي الأول . لأن الظاهر من رضا البعض أن المقد مسقط للزوجة مصالح تفوق الكفاءة وهو لا يرضى إلا بعد البحث والموازنة والفرص أنه ليس متبهماً ، على أن الزوجة ما دامت راضية بهذا الزواج وأيدها بعض أوليائها برضاه يترجح حقها في إبقاء المقد .

والقياس على الدين المشترك غير سليم ، لأن الدين حق مسالي يتقرب على التنازل عنه فملك الدين ما عليه من المال ، ومثل هذا لا يصح من صاحبه بخلاف حق الكفاءة فإن للرضا به إسقاط له وليس فيه تقليد .

وعلى الرأي الرابع سار قانون حقوق العائلة في المادة - ٤٩ - ونصها :
« رضا أحد الأولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين ،
وكذلك رضا الولي البعيد في الدرجة إذا كان الولي الأقرب غائبا يسقط
حق اعتراضه .

خاتمة في دفع شبهة تثار حولها :

وبعد فذلك هي الكفاءة في عقد الزواج وموقف الفقهاء فيها ما بين متشدد
وغير متشدد . وقد عرفنا أنها حق للزوجة ولأولياءها من المصبات إن تمسكوا
بها لزمتم وإن أسقطوها سقطت ، وأنها إما وجبت محافظة على الحياة الزوجية
من أن يلحقها شيء يزلزلها أو يجعلها بنيفة لا تحقق الأغراض المطلوبة منها .

ولقد زعم بعض الزاعمين أن في اعتبار الكفاءة شرطا في الزواج منافاة لما
قرره الإسلام من مبدأ المساواة بين الناس ، لأنه يقسمهم إلى طوائف ويقع
الحواليز بينهم ويعمل منهم أكفاء وغير أكفاء ، وكان مقتضى المساواة المقررة
أن يصح للرجل أن يتزوج بأي امرأة كانت .

وهذا زعم فاسد بنى على نظرة سطحية لمبادئ الإسلام أو نشأ عن دخيلة
في نفس الزاعم ، لأن تقرير مبدأ التكافؤ في الإسلام لا يتعارض مع ذلك لا من
قريب ولا من بعيد لأمرين .

الأول : أن الشارع الذي قرر المساواة قرر أن للناس متفاوتون في الدرجات
والأرزاق . ففي القرآن الكريم آيات تدل على التفاوت . يقول سبحانه « والله
فضل بعضكم على بعض في الرزق » ، النحل / ٧٦ ويقول : « وهو الذي جعلكم
خلافات الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليلوكم فيها آثامكم » الأنعام / ١٦٥
ويقول : « نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض
درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا » الزخرف / ٣٢ .

حتى أن ذلك التفصيل امتد إلى رسل الله يقول جل شأنه : « تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله ورفع بعضهم درجات » البقرة / ٢٥٣ .
وفي السنة يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الناس معادن كعمادن الذهب والفضة » .

لأن الإسلام وهو دين الفطرة لا يمكن أن يدر الاعتبارات الشخصية السقي تمارفها الناس ، ففي الآخر « أزلوا الناس منازلهم » .

وعلى ذلك تكون النصوص الواردة في المساواة مراداً بها المساواة في الحقوق والواجبات ، أو جاءت للرد على من جعل من نسبة مفضرة له يحقرها من سواء .
اقرأ إن شئت قوله تعالى :

« يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم » فالآية صريحة في أن اختلاف الشعوب والقبائل لأجل أن يعرف كل واحد بانتسابه إلى قبيلته لا للتفاخر والتكبر ، ثم بينت الميزان الصحيح للتفاضل وهو التقوى « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » :

ومن هنا يقول رسول الله للأقربين له : « يا بني هاشم لا تجيئي الناس بالأعمال وتجيئوني بالأنساب إن أكرمكم عند الله أتقاكم » .

والثاني : أن عقد الزواج كغيره من العقود أساسه الرضا من الجانبين لكنه يمتاز بأنه عقد الحياة كلها يربط الأسر برباط المصاهرة وفيه استفراش الرجل للمرأة العرة وهو نوع من الرق ففي الحديث : « اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم » أي أسراء ، كما أن للرجل فيه حق القوامة التي تجعل منه الموجه للمرأة وتجعل منها المطيعة المنفذة ، فهل يستقيم ذلك مع عدم تقاربها في المنزل في المجتمع الذي يعيش فيه ؟

وهل من المنطق السليم أن نقول للمرأة التي عاشت في يسر ورخاء مع أهلها

تزوجي رجلاً معدماً فقيراً لا يملك من حطام الدنيا شيئاً غير البؤس والفاقة ؟
أو نقول لامرأة نبئت في بيئة صالحة وتربت تربية كريمة . تزوجي رجلاً
فاجراً للربط . نفسها بمجيلة للفجور ؟

وهل من العدل والإنصاف أن نأزم رجلاً مهذباً له مكانته في المجتمع بمقد
زواج ابنته من خسيس تنسج طيشها أو تقرر بها ؟ .

إن اشتراط الكفاءة في الزواج وجعلها حقاً للزوجة وأولياتها يحل الحياة
الزوجية ثمر أطيب الثمرات في هدوء واستقرار ويدونها لا يستقر لها قرار .

فأصل اشتراطها لا غبار عليه كما أن اعتبار ما وردت به النصوص الصحيحة
فيها من الدين والخلق لا يستطيع أحد إنكاره ، وإنما الكلام فيما وراء ذلك ،
ولعله ينبع من أعراف الناس وعاداتهم في البيئات المختلفة للفقهاء ، والمعرف له
سلطانه في مثل ذلك لأنه هو الذي يكيف المار الذي يلحق الأولياء في كل
عقد من عقود الزواج كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

الفصل الثالث

في الوكالة في الزواج

الوكالة في اللغة تطلق على أحد معنيين الحفظ أو الاعتماد والتفويض في الأمر.

وفي اصطلاح الفقهاء : إقامه الشخص غيره مقام نفسه في تصرف يملكه شرعاً بما يقبل الأمانة .

فإذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه إما لعدم أهليته للتصرف أو عدم ولايته عليه لا يصح له أن ينيب غيره فيه ، لأن فاقده الشيء لا يعطيه .

وعقد الزواج في ذاته من التصرفات التي تقبل الأمانة ، فإذا كان الشخص يملك عقده بنفسه في موضع جاز له أن يوكل غيره ليقوم بدله في إنشائه .

هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فيمن يملكه . أهو كامل الأهلية من الرجال والنساء أم يقتصر ذلك على الرجال فقط ؟

فالجمهور الذين يمنعون المرأة من مباشرة عقد الزواج بنفسها يقولون : إنه لا يملك التوكيل في الزواج إلا الرجل سواء بالنسبة لنفسه أو لمن في ولايته .

والحنفية والجعفرية الذين يجوزون للمرأة مباشرة هذا العقد بنفسها يقررون

أنه يصح التوكيل فيه للرجل والمرأة على السواء ما دام كل منهما توفرت فيه أهلية إنشائه .

فيجوز للرجل أن يوكل غيره رجلاً كان أو امرأة في تزويج نفسه أو من في ولايته ، وكذلك يجوز للمرأة أن توكل غيرها رجلاً كان أو امرأة في تزويجها أو في تزويج من في ولايتها ^(١) .

لأن الأصل المقرر في الوكالة : أن كل شخص ملك تصرفاً بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره ، فلا يشترط في الوكيل إلا أن يكون أهلاً للتصرف سواء كان ذكراً أو أنثى ، كما لا يشترط في الموكل إلا أن يكون مالكاً لهذا التصرف .

ولا يشترط في التوكيل أن يكون مكتوباً بل يجوز مشافهة أو كتابة ، ولا تتوقف صحته في الزواج على الأشهاد عليه ، بل يجوز بدون شهود ، لأنه ليس جزءاً من عقد الزواج المشروط فيه الأشهاد وإن كان الأشهاد عليه مستحسنًا حتى لا يكون عرضة للإنكار أو يحصل نزاع في صفة الماقد .

والتوكيل بالزواج قد يكون مقيداً كأن يقول الرجل لآخر : وكتلك في تزويجي بفلانة لامرأة بعينها أو يوكله في تزويجه من أسرة معينة أو بمر معين . أو تقول المرأة لرجل : وكتلك في تزويجي من فلان أو بمر معين أو ما شاكل ذلك .

وقد يكون مطلقاً كأن يقول : وكتلك في أن تزوجني دون أن يعين له

(١) يلاحظ أن الشطر الأخير من منبج الحنفية بناء على أن للمرأة لها ولاية في الزواج سبق بيانه ، أما الجعفرية فيعصرون توكيلها على تزويج نفسها لأنها لا ولاية لها في الزواج على غيرها .

امرأة أو مهرًا ، أو تقول لرجل : وكلتك في أن تزوجني دون أن تزيد علي ذلك شيئاً .

ومن هنا تنوعت الوكالة إلى نوعين مقيدة ومطلقة .

أما الوكالة المقيدة : فاما أن تكون من جانب الرجل أو من جانب المرأة . فإن كانت من جانب الرجل ولم يخالف الوكيل مقتضى الوكالة فزوجه بالمرأه التي عينها وبالمهر الذي حدده نقد المقد ولزم الموكل ، لأنه ملك الوكيل تصرفاً معيناً فأتى به حسب رسمه له .

وإن خالف فزوجه بامرأة غير التي عينها أو من أسرة أخرى غير التي عينها أو بمهر أكثر مما حدده توقف المقد على إجازة الموكل . إن أجازة نقد وإن لم يجزه بطل ، لأنه بمخالفته خرج عن مقتضى الوكالة فيكون فضولياً ، وعقد الفضولي عند الحنفية موقوف على إجازة صاحب الشأن .

وفي حالة تزويجه بأكثر من المهر يتوقف ولو تمهد الوكيل بدفع الزيادة ، لأن الموكل قد لا يرضى بهذا التمهيد لما فيه من المنه ، والأنسان الحر لا يرضى بمنه غيره عليه ويخاصة في مهر زوجته .

أما إذا زوجه بأقل من المهر الذي عينه فإنه لا يتوقف المقد على إجازته لأن المخالفة هنا صورية حيث فيها خير للموكل ، لأن من يرضى بالتزوج بالكثير يرضى به بالقليل .

وإن كانت الوكالة من جانب المرأة بأن وكلت غيرها في تزويجها بشخص معين أو بمهر معين فزوجه بمن عينته وبما حددته من المهر فإن كان الزوج كفتاً والمهر مهر المثل نقد العقد ولزم سواء كان لها ولي عاصب أو لا .

وإن كان الزوج غير كفه أو المهر أقل من مهر المثل ، فإن لم يكن لها ولي

عاصب نفذ الزواج ولزم دون توقف على شيء ، لأن الكفاءة والمهر المائثل حقها وحدهما وقد أسقطتها . والوكيل لم يخالف ما رسمته له .

وإن كان لها ولي عاصب لا يصح العقد في حالة عدم كفاءة الزوج ، لأنها لا تملك تزويج نفسها بغير الكفاءة على الرأي المقتضى في مذهب الحنفية ، وإذا كانت لا تملكه لا يملكه الوكيل ، وفي حالة نقصان المهر يلزم العقد في جانبها ولا يلزم وليها فله طلب تكميل المهر فإن لم يفعل الزوج كان له الحق في طلب فسخه كما سبق بيانه .

وإن خالف مقتضى الوكالة بأن زوجها من غير من عينته أو بأقل من المهر الذي حددته توقف العقد على إجازتها حتى ولو كان الزوج كفئاً ، لأنه خرج عن مقتضى الوكالة . إذ المرأة أحياناً ترغب في الزواج بمن هو أعلى منها ولا ترضى بزواج من يساويها .

فإن رده بطل ، وإن أجازته لزم في حقها وحق الولي إن كان الزوج كفئاً والمهر مهر المثل ، وإن كان الزوج غير كفء بطل رغم إجازتها ، لأنها لا تملك ذلك كما قلنا ، وإن كان كفئاً والمهر أقل من مهر المثل لزم في جانبها دون جانب الولي . فله حق الاعتراض كما سبق .

وأما الوكالة المطلقة . وهي التي لم تقيد بزواج ولا بمهر معين . فإن كان الموكل الرجل فأمر حنيئة والجعفرية لا يقيدون هذه الوكالة بشيء ، فإذا زوجه الوكيل بأي امرأة وبأي مهر لزمه العقد سواء كانت المرأة مكافئة له أولاً . سليمة أو معيبة بمهر المثل أو بأكثر منه لأن هذا هو مقتضى الإطلاق ، وليس في كلامه ما يقيد التقيد بشيء حتى يكون الوكيل غالفاً .

وأبو يوسف وعبد يهزيان إلى أن العقد لا يلزمه إلا إذا كانت المرأة سليمة من العيوب مكافئة له وبمهر المثل أو يزيد قليلاً مما يتساهل فيه الناس ، فإن كان

بغير ذلك توقف على إجازته .

ووجه هذا الرأي أن الموكل لو كان يقصد الزواج بأي امرأة وبأي مهر لفعل ذلك بنفسه ولما لجأ إلى التوكيل ، فمدوله عن ذلك واستعانت به بالوكيل الذي جعله موضع ثقته يدل على أنه لا يقصد الزواج بأي امرأة وإنما يقصد الزواج بأمرأة مختارة مكافئة سليمة من الميوب بالمهر الذي تمارفه الناس وهو مهر أمثاله وهو وإن لم يقيد توكيله صراحة إلا أن المهر يقيد بها ، والناس تمارفوا بالتزوج بالمرأة السليمة المكافئة وبمهر المثل ، ومن القواعد المقررة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

وبهذا يترجح رأي صاحبين . وهو الذي يجري عليه العمل بمصر وكذلك في لبنان بالنسبة للمسلمين السنيين حيث لم يعرض قانون حقوق المائنة لهذه المسألة .

وإن كان التوكيل من جانب المرأة فقد يكون الموكل وليها ، وقد تكون هي نفسها إذا كانت بالغة عاقة . ففي صورة توكيل الولي يملك الوكيل ما يملكه الولي من التزويج ، لأن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل فإن ملك التزويج بغير الكفء وبأقل من مهر المثل نفذ تزويج للوكيل بهذا .

وإن كان الولي لا يملك إلا التزويج بالكفء وبمهر المثل تقيد الوكيل بذلك وقد سبق مفصلاً في بحث الولاية ، وفي صورة توكيلها فإن كان لها ولي عاصب تقيد تزويج الوكيل بالكفء بالاتفاق ، فإن زوجها بغير الكفء كان الزواج غير صحيح لأنها لو فعلت ذلك بنفسها كان زواجها غير صحيح على الرأي الملقى به .

وإن لم يكن لها ولي عاصب وزوجها بغير الكفء كان الزواج موقوفاً على إجازتها بالاتفاق .

أما عند الصاحبين فظاهر لأنها يقيدان الوكالة المطلقة من جانب الرجل بذلك عملاً بالمعرف وهذه مثلها ، وأما أبو حنيفة فهو وإن لم يقيدها في جانب الرجل لكنه يقيدها هنا ، لأن الرجل لا يتعبر إذا تزوج بمن لا تكافئه بخلاف المرأة فإنها تتعبر بزواجها بغير الكف .

وكذلك تنقيد وكالته بالتزويج يمر المثل عند الصاحبين ، فلو زوجها بأقل منه مما لا يتسامح الناس فيه كان الزواج موقوفاً على إجازتها .

وأبو حنيفة يقول : إن كان لها ولي عاصب كان العقد غير لازم بالنسبة للولي فله حق الاعتراض حتى يكمل المهر أو يفسخ العقد ، وإن لم يكن لها ولي عاصب صح العقد ولزم لأن هذا مقتضى الإطلاق .

وبما ينبغي التنبيه عليه هنا : أنه ليس للوكيل في الوكالة المطلقة أن يزوج من نفسه ولا من هو في ولايته باتفاق الحنفية ، لأن التوكيل يقتضى أن يكون طرف الزواج الآخر أجنياً غير معلوم والوكيل ومن في ولايته معلوم ، فلو كانت الموكلة تقصد ذلك لصرحت به أو لزوجته بنفسها من غير توكيل ، فإن فعل لا ينفذ للعقد عليه بل يتوقف على إجازتها .

وليس له أن يزوجه من لا تقبل شهادتهم له وهم أصله كإبيه وجدته وقرعه كابنه وابن ابنه عند أبي حنيفة لوجود تهمة المحاباة ، وموضع التهمة مستثنى من عقد الوكالة المطلقة .

وقال أبو يوسف وعمد لذلك وينفذ العقد إذا كان كفوًا ومهر المثل لا تنتفاه التهمة في هذه الحالة فإن كان غير ذلك توقف العقد على إجازتها لوجود التهمة

والجفرية يقولون : لو زوجها من أبيه أو من ابنه صح ونفذ إذا لم تقيد الوكالة بالأجنبي منه فإن قيدتها بذلك لم يملك هذا التزويج .

ولو كان الموكل رجلاً فليس للوكيل أن يزوجه بابنته الصغيرة أو بصغيرة أخرى تحت ولايته كاخوته وبنت أخيه ، لأنه يملك تزويج هؤلاء جبراً عنهم فيكون عاملاً لنفسه بالوكالة والوكيل يعمل لغيره لا لنفسه ، فيتوقف العقد على إجازة الموكل اتفاقاً .

أما إذا زوجه بنته الكبيرة لا ينفذ عند أبي حنيفة لوجود التهمة بسبب البنوة بل يتوقف على إجازته .

وينفذ عند الصحابين لأنه ليس عليها ولاية إجبارية فلا يستطيع أن يستبد بالعقد عليها فتكون كالأجنبي .

هل للوكيل بالزواج أن يوكل غيره به ؟

جواز ذلك وعدمه يتوقف على صيغة التوكيل . فإذا أطلق له الموكل في توكيله بأن قال له : وكلتك في زواجي ولك أن توكل من تشاء ، أو قال : فوضت أمر زواجي إلى رأيك . ففي هذه الحالة يملك الوكيل توكيل غيره ، ويكون الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل الأصلي ، فإذا عزل الموكل الوكيل الأول قبل الزواج فإن الوكيل الثاني لا ينمزل بعزله ، لأن وكالته مستمدة من الموكل فيبقى على وكالته ما لم يعزله عنها ، أما إذا لم يطلق في وكالته فليس له أن يوكل غيره ، لأن ولاية الوكيل مستمدة من الموكل فالولاية له وحده دون غيره . حيث رضي الموكل رأيته هو دون سواء ، فإن فعل وتولى وكيل الوكيل العقد كان موقوفاً على إجازة الموكل الأصلي ، لأن متوليه في هذه الحالة فضولي .

حكم الوكالة :

الوكيل في عقد الزواج سفير ومعبّر عن الموكل ولذلك لا بد من أن يضيف العقد إلى موكله فلا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ولا يضمن شيئاً من ذلك إلا إذا تكفل به ، حينئذ تكون الحقوق راجعة إليه باعتباره كفيلاً .

لا باعتباره وكيل .

ولس للوكيل عن الزوجة أن يقبض مهرها إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة ، فالوسلم الزوج المهر اليه ولم يكن مأذوناً في قبضه ولم تعرض الزوجة بهذا القبض لا تبرأ ذمة الزوج منه ولها المطالبة به .

أما إذا كان مأذوناً بذلك فإن ذمة الزوج تبرأ منه وليس لها حق المطالبة به بعد ذلك .

ومن الأذن بالقبض دلالة . أن يقبض الأب أو الجد مهر البكر الرشيدة وتسكت عن المطالبة به عند العقد فإن هذا السكوت يعتبر إذناً بالقبض فتبرأ ذمة الزوج به ، لأن العادة جرت بأن يقبض الآباء مهراً بناتهم الأبنكار والجد مثل الأب في ذلك .

أما إذا كانت ثيباً أو كان الوكيل غير الأب والجد فإن السكوت لا يعتبر رضا بل لا بد من الأذن الصريح ولا تبرأ ذمة الزوج بتسليم المهر للوكيل .

الباب الخامس

في أحكام عقد الزواج

وفيه فصول

تمهيد : نريد بالحكم هنا ^(١) الآثار التي يترتبها الشارع على العقد بعد وجوده وهي كثيرة كحل الدخول بالزوجة ، ووجوب المهر والنفقة والعدة بعد انتهائه ، وتبويب نسب الولد الناتج عنه وغير ذلك ، ويسمى الفقهاء بالحقوق الزوجية . وهذه الحقوق لا يترتبها الشارع كلها إلا على الزواج الصحيح النافذة ، فإذا كان العقد غير ذلك فقد لا يثبت شيء منها ، وقد يثبت بعضها لكن لا باعتبار أنه عقد شرعي بل باعتبار أنه أمر واقع يستتبع نزاعاً بين المتعاقدين ، أو كما يقول بعض الفقهاء : إن بعض الآثار من وجوب المهر والعدة وثبوت النسب ترتبت على الدخول بشبهة العقد ولم تترتب على العقد حيث لا وجود له في نظر الشارع .

ومن هنا قسم الفقهاء عقد الزواج إلى خمسة أقسام تبعاً لاستيفائه أو كونه وشروطه السابقة كلها أو بعضها أو عدم استيفائه لشيء منها وهي :

١ - الزواج الباطل - ٢ - الفاسد - ٣ - الصحيح الموقوف - ٤ - النافذ غير اللازم - ٥ - اللازم .

(١) الحكم عند الفقهاء معنيان آخران - أحدهما بمعنى صفته الشرعية من كونه قوفاً أو مندوباً أو حراماً حسب أحوال الرجل والمرأة وهو بالنظر إلى طلب الشارع له أو طلب تركه وقد قدمناه . وثانيهما باعتبار اعتداد الشارع وترتيب آثاره عليه أو عدم اعتداده به من كونه صحيحاً أو غيره صحيح باطل أو فاسد وهو مرتبط بالمعنى الذي نتكلم عليه هنا

الفصل الأول

في أنواع الزواج غير المأزوم

وفيه مباحث

المبحث الأول

في الزواج الباطل^(١)

وهو الذي اختلف فيه أمر أساسي أوفقد شرطاً من شروط الاعتقاد. كزواج

(١) جرينا في هذا التقسيم على رأي فريق من فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين باطل الزواج وفاسده وهو ما اختلفوا فيما سبق . وأما الذين لا يفرقون بينها فقد حملوا الأقسام أربعة فقط . وهذا الخلاف نشأ من أن عقد الزواج وسط بين العبادات والمعاملات ففيه شبه من كل منها أو هو خليط منها ، فمن لم يعرف بينها غلب جانب العبادة فألفقه بالعبادات التي يتحد فيها الباطل والفساد ، ومن فرق بينها غلب الجانب الأسر فألفقه بالمعاملات التي يختلف فيها الباطل عن الفساد . وقد اختلفنا رأي الفريقين بينها لأن للتبعية لصور الزواج غير الصحيح يحدها في واقعها تنوع إلى نوعين . نوع لا يقرب عليه أي اثر من آثار الزواج حتى ولو دخل الرجل بالمرأة فيه ، ونوع يقرب عليه بعض الآثار إذا تجه لدخول .

وإذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن التمييز بينهما في الاسم فتسمي الذي لا يقرب عليه أي اثر بالبطل . والذي يقرب عليه بعض الآثار بالفساد وكل منهما وإن خلف الخلط إلا أنه يمكن التمييز بينهما بأن ما أصابه الخلط في أمر أساسي أوفقد شرطاً من شروط الاعتقاد يكون باطلاً لأن هذا الخلط ينعقد معه العقد حقيقة أو حكماً مع وجود صورته وما أصابه الخلط في شرط من شروط صحته يكون فاسداً لأن العقد مع هذا الخلط موجود حقيقة وسكناً لكنه غير صالح لقرينة الآثار عليه في ذاته فإذا أعقب دخول ترتب عليه بعض الآثار .

فأقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه ، وتزوج الرجل بن هي محرمة عليه تحريماً لا يشتبه الأمر فيه على الناس وهو يعلم ذلك التحريم كالعقد على إحدى عماره أو زوجة الغير ، وتزوج غير المسلم بالمسلمة ^(١) لعدم حلية المرأة فيها حكمه : الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج ، لأن وجوده كعدمه ، فلا يحل به الدخول ، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ، ولا يرد عليه طلاق ، ولا يثبت به نسب ، ولا عدة فيه بعد المارقة ، ولا يثبت به توارث ولا حرمة المصاهرة إلا عند من يثبتها بالزنى كما سبق بيانه .

وإذا دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد كانت المخالطة بينهما حراماً ويجب عليهما الافتراق ، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما ، وعلى كل من يعلم بذلك الدخول أن يرفع الأمر إلى القاضي . وعلى القاضي أن يفرق بينهما لأن هذا الدخول زنى وهو معصية كبيرة يجب رفعها .

والفقهاء لم يختلفوا في أنه زنى ولكن اختلفوا في وجوب الحد به . فالأئمة مالك والشافعي وابن حنبل وأبو يوسف ومحمد يذهبون إلى أنه موجب لحد الزنى متى كان الفاعل عاقلاً عالماً بالتحريم .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يوجب الحد ، لأن صورة العقد شبهه تكفي لأن يدرأ بها الحد عنه ، ومع ذلك لم يعف من العقوبة بل قال إنه يعزر أشد أنواع التمييز للبعث فعله .

وإذا سقط عنه الحد وجب عليه مهر المثل بالقنا ماباغ ^(٢) ، لأن الدخول بالمرأة في الأسلام لا يخلو من حد أو مهر وهو مراد الفقهاء بقولهم : الدخول

(١) ومع بطلان عقد غير المسلم على المسلمة يعاقب كل منهما إذا كان يعلمان به . ولا ينفذ الرجل نقضاً للحد إذا كان نكحاً . ويرى الأمام مالك أنه يستحق القتل لأنه خالف ما ألتزمه بمقتضى الفضة الذي يوجب عليه ألا يخالف الأحكام الإسلامية العامة .

(٢) يقول قاضيان في تناويه : « لو تزوج محرمة لأحد علي في قول أبي حنيفة وعليه مهر

لا يدخل من عكر أو عكر، ولا تجب العدة بعد التفريق، لأنه لأنة لعدة في الزنى حيث إنها تجب محافظة على الأنساب من الاختلاط، ولا يثبت بهذا المقد نسب يحافظ عليه.

ونذهب الجعفرية إلى أن الدخول زنى لاشبهة فيه فيجب به الحد إذا لم تكن المدخول بها محرماً فإن كانت محرماً استعق القتل^(١).

هذا وقد اتفق الفقهاء فيما إذا دخل بين تزوجها وهو جاهل بأنها محرمة عليه على أنه لا يجزئ ويلزمه مهرها بهذا الدخول لأنه لا بد من أحد أمرين الحد أو المهر وحيث لا حد وجب مهر التل

المبحث الثاني

في الزواج الفاسد

وهو الذي تختلف فيه شرط من شروط الصحة بعد استيفائه لأركانه وشروط انعقاده. كالزواج بغير شهود عند من يشترط الشهادة، والزواج المؤقت، وزواج أخت مطلقة طلاقاً بائناً في عدتها لأنه يختلف في حرمة، وكتزوجه بامرأة محرمة عليه بسبب الرضاع وهو لا يعلم بحرمتها بناء على إخبار الناس بأنه لا يوجد بينها صلة محرمة ثم ظهر بعد الدخول أنها محرمة عليه. حكمه: أنه لا يحل به الدخول بالمرأة ولا يترقب عليه في ذاقه شيء من آثار

= التل بالثأما بلغ وهذا يدل على أن هذا الزواج باطل عند أبي حنيفة. لأنه لو كان فاسداً لوجب التأمل من التل ومهر التل كما هو الشأن في الزواج الفاسد عند وجوه التسمية فإن لم تكن روح مهر التل بالثأما بلغ.

(١) مسائل الخلاف ٢ ص ١٧٥.

الزوجية . فإن حصل بعده دخول حقيقي^(١) بالمرأة كان معصية يجب رفعها بالتفريق بينها جبراً إن لم يفترقا باختيارهما ، ويترتب على ذلك الدخول الآثار الآتية :

١ - لا يقام على الرجل والمرأة حد الزنى بالاتفاق لوجود الشبهة الدارئة للحد عنها .

٢ - يجب على الرجل مهر المثل دائماً ما بلغ إن لم يكن ممي للمرأة مهر أعند العقد أو بعده ، فإن كان ممي لها مهر أو جب عليه الأقل من المسمى ومهر المثل . ويرى زفر أنه يجب مهر المثل في الحالتين لفساد التسمية بفساد العقد .

٣ - تثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة كما سبق بيانه .

٤ - تجب به العدة على المرأة من وقت افتراقها أو وقت تفريق القاضي ، وهذه العدة عدة طلاق تحتسب بالأقراء أو الأشهر إذا لم تكن حاملاً حتى في حالة وفاة الرجل ، لأن عدة الوفاة المفطرة بأربعة أشهر وعشرة أيام لا تكون إلا بعد زواج صحيح ، ولا تجب لها نفقة في هذه العدة .

٥ - يثبت نسب الولد إن وجد محافظة عليه من الضياع .

أما غير ذلك من الأحكام فلا توارث فيه إذا مات أحدهما ولو قبل التفريق بينهما ، ولا تجب به على الرجل نفقة ولا سكنى ، كما لا تجب عليها الطاعة للزوج ، ولا يقع به طلاق على المرأة .

وقانون حقوق العائلة يتفق مع ذلك التقسيم في الجملة حيث جعل من الزواج

(١) قبداً الدخول بالحقيقي لأن الخوة هنا لو كانت صحيحة لا تقوم مقام الدخول فلا يترتب عليها أي أثر بخلاف الخوة بعد العقد الصحيح فإنها تقوم مقام الدخول فيرتب عليها بعض أحكام الدخول كما سيأتي تفصيله إن شاء الله .

غير الصحيح فاسداً وباطلاً في المواد من ٥٢ - ٥٨ وإن كان خص البطلان بتزوج غير المسلم بالمسلمة وما عداها وصفها بالفساد ، وفي المادة ٥٧ يصرح بأن الزواج الباطل لا يفيد الحكم أصلاً فلا تثبت به أحكام الزواج الصحيح سواء حصلت المغاربة «الدخول» أم لا، وأن الزواج الفاسد قبل المغاربة لا يفيد شيئاً كما صرحت المادة - ٧٦ بأن المغاربة فيه يازم بها المهر والمعدة وثبت بها النسب وحرمة المصاهرة ولا تثبت النفقة والتوارث وبقية الأحكام .

والمادة - ٧٧ - تقرر أن كلا من الفاسد والباطل ممنوع بقاؤه مطلقاً وإذا لم يفرقا بينها بالمحاكمة .

المبحث الثالث

في الزواج الموقوف

هو ما فقد فيه شرط النفاذ بأن بشره من ليست له ولاية شرعية على إنشائه بأن كان ناقص الأهلية أو كاملها ولم تكن له صفة تجيز له إنشاء المقد من أصله أو ولاية أو وكالة كتزوج الصغير المميز بدون إذن وليه فإنه صحيح موقوف على إجازة من له الولاية عليه إلا إذا استمر المقد بدون إجازة أو رد إلى حين بلوغه . فإن الإجازة تنتقل إليه إن أجازة نفذ وإن لم يحزه بطل ، وكعقد القضيولي وهو من يعقد لغيره بدون ولاية أو وكالة .

حكمه : الزواج الموقوف - رغم صحته - لا يترتب عليه أي أثر مع آثار الزواج إلا بعد إجازته أو الدخول الحقيقي بعده .

فإذا أجاز ترتيب عليه جميع الآثار السقي رتبها الشارع عليه ، وإذا دخل المرأة قبل الإجازة ترتب عليه الآثار التي ترتب على المقد الفاسد دون

غيرها ، فلا يحل به دخول ، ولا تجب به طاعة ولا مهر ولا نفقة ولا حرمة
المسامرة إلا على رأي من يثبتها بالزنى ، ولا يقع فيه طلاق ولا توارث إدا مات
أحدهما قبل الإجازة .

وبهذا يعلم أن حكم الزواج الموقوف قبل إجازته كحكم الزواج الفاسد في
أن كلا منهما لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ، وأما بعده فيترتب عليها
بعض الآثار .

ولا فرق بينهما إلا أن الفاسد لا يقر بحال من الأحوال ولا يلحقه تصحيح ،
أما الموقوف فتلقه الإجازة وليرمد الدخول فيصير نافذاً تترتب عليه كل آثار
الزوجية من وقت ابتداء العقد ، لأن الإجازة اللاحقة تنسحب على العقد من
وقت إنشائه فينقلب نافذاً من وقت إنشائه ، وإن لم يحزه من له الولاية كان
ذلك إبطالاً له من مبدئه .

وهذا وليلاحظ أنه إذا دخل الرجل بالمرأة في العقد الموقوف بعد رده
ويرمد عليه بالرد يكون فعله زنى لا شبهة فيه فيترتب عليه ما يترتب على
العقد الباطل .

المبحث الرابع

في الزواج النافذ غير المأخوذ

هو العقد الذي استوفى أركانه وشروطه كلها مع بقاء حق الاعتراض لغير
المعقد عليه وطلب فسخه كتزويج البالغة الماقلة نفسها بغير كفء أو بأقل من مهر
مثلاً ، فإن للولي المأخوذ حق الاعتراض على هذا الزواج بطلب فسخه كما
تقدم بيانه .

وحكم هذا الزواج أنه يترتب عليه الآثار من حل الدخول . ووجوب النفقة والكسوة والسكنى للزوجة ما لم تمتنع عن الدخول في طاعته بغير حق . وثبتت به حرمة المصاهرة فيحرم على الزوجة أصول الزوج وفروعه كما يحرم على الزوج أصول الزوجة وفروعها ويثبت به حق التوارث إذا مات أحدهما قبل القضاء بفسخه ولو كان قبل الدخول ، كما يثبت به نسب الأولاد للزوج .

ويجب به المهر ديناً في ذمة الزوج بمجرد العقد لكنه عرضة للتصيف أو السقوط ، فإذا فسخ قبل الدخول والخلاوة الصحيحة لا يجب شيء من المهر سواء كان الفسخ من قبل الزوج أو الزوجة ، لأن الفسخ هنا يكون نقضاً للعقد من أساسه ، وحيث انتقص العقد لم يبق موجب للمهر ، لأن الموجب له إما العقد أو الدخول أو الخلاوة الصحيحة كما سيأتي تفصيله في بحث المهر .

وإذا كان الفسخ بعد الدخول أو الخلاوة الصحيحة فإنه يجب كل المهر وعليها المدة ولها التفقة وغيرها ، وإذا طلقها قبل الفسخ والدخول كان لها نصف المهر المسمى .

الفصل الثاني

في الزواج اللازم وما يوجبه من حقوق غير مالية

وفيه مباحث

تمهيد : الزواج اللازم هو المستوفي لأركانه وشروطه كلها بحيث لا يبقى لأحد حق الاعتراض عليه وطلب فسخه، وحكمه أنه يترتب عليه الآثار التي رتبها الشارع عليه بلا استثناء فهو كالتأخذ في ذلك بل هو أقوى أنواع الزواج لأنه ليس لأحد حق الاعتراض عليه كما لا يملك أحد من العاقدین فسخه .

هذا إجمال لآثار الزواج أو الحقوق الزوجية التي رتبها الشارع عليه ولتفصيلها نقول :

إن عقد الزواج إذا تم يوجب حقوقاً للزوجين. وهذه الحقوق بعضها مشترك بينهما ، وبعضها يخص الزوج ، وبعضها يخص الزوجة .

المبحث الأول

في الحقوق المشتركة بين الزوجين

أولاً : حق الاستمتاع . وهو أن يحل لكل واحد منها أن يتمتع بالآخر في الحدود التي رسمها الشارع ، فكل كل منها أن يجيب رغبة

الأخر ولا يتنعم منه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كعيب لقوله تعالى لايسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا طهرن فأتوهن من حيث أمركم الله « البقرة/ ٢٢٢ » ، ويلحق به النفاس وكذلك المرض الشديد .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يجب على الزوج أن يعف زوجته من الناحية الجنسية حتى لا تقع في الحرام متى كان قادراً على ذلك ، وأن هذا الواجب من جهة البيعة أي فيما بينه وبين الله تعالى ، فيعزم عليه أن يشتغل عنها بعمل أو عبادة كل وقته لأنه يعرضها بذلك للفتنة .

فقد روى أن زوجة عبدالله بن عمرو بن العاص شكته إلى رسول الله بأنه يصوم النهار ويقوم الليل فأرسل إليه النبي ﷺ فلما حضر قال له : « يا عبدالله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل » ؟ فقال : بلى يا رسول الله فقال له : « لا تفعل ذلك صم وأفطروا ونم فإن لجسدك عليك حقا وإن لزوجك عليك حقا » .

وروى أن امرأة رفعت أمر زوجها إلى عمر رضي الله عنه وذكرت أنه يصوم النهار ويقوم الليل ، فقال عمر : ما أحسنك ثناء على بعلك ، فقال كعب : يا أمر المؤمنين : إنها تشكو إليك زوجها ، فقال عمر : وكيف ذلك ؟ . فقال كعب : إنه إذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها ، فقال عمر لكعب أحكم بينها ، فقال : أراها إحدى نسائه الأربع يفطر لها يوماً ويصوم ثلاثة أيام فاستحسن ذلك منه عمر وولاه قضاء البصرة ^(١) .

ثانيا : حسن الماشرة . فكل من الزوجين مطالب بإحسان المشرة على معنى أن يسعى كل منهما إلى ما يرضي الآخر من حسن الخاطبة واحترام الرأي والتسامح والتعاون على الخير ودفع الأذى والبعد عما يحلب الشقاق والنزاع

(١) البدائع ج ٢ ص ٣٣٣

لقوله تعالى « وعاشروهم بالمعروف » النساء / ١٩ وقوله « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » البقرة / ٢٢٨ ، فإذا فعلا ذلك تحقق بينها السكن وتوفرت المودة ، وكان الزواج رحمة لهما كما أخبر المولى سبحانه في قوله « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » الروم / ٢١ .

ثالثا : حرمة المصاهرة . فيحرم على الزوج التزوج بأصول زوجته وفروعها كما يحرم عليها التزوج بأصوله وفروعه وقد سبق تفصيل ذلك .

وحرمة للمصاهرة وإن كانت في ظاهرها حق الشارع ، لأنها حكم من أحكامه إلا أن ثمرتها تعود على الزوجين على السواء ، لأن ثبوتها يدفع الأذى عنها فيما لو أباح لكل منها أن يتزوج بأقرب الناس إلى الآخر بعد قسم عرى الزوجية بينها ، وقد أشرنا إلى ذلك عند الكلام على حكمة التحريم بالمصاهرة .

رابعا : ثبوت التوارث بينها بأن يرث كل منها الآخر بعد وفاته ولو كانت قبل الدخول ما لم يوجد مانع يمنع منه ، وذلك لأن عقد الزواج لما أحل المتعة والعشرة بينها فقد أوجد صلة تربط بينها كصلة القرابة فتبطل بذلك ثبوت التوارث لهذه الصلة .

المبحث الثاني

في حقوق الزوج

يثبت للزوج أولا : حق الطاعة على زوجته في كل ما هو من آثار الزواج

إلا ما كان فيه معصية لله^{١١١} ففي أوفى الزوج زوجته حقوقها الواجبة عليه بأن دفع إليها مهرها أو مقدار ما اتفقا على تمجيله منه وأعد لها المسكن اللائق بها وكان أميناً عليها وجب عليها الدخول في طاعته فتقم معه حيث يعيش وتمكنه من نفسها ، فإذا امتنعت بعد ذلك عن الدخول في طاعته كانت ناشزة وسقط حقها في النفقة كما سيأتي بيانه :

وقد نص قانون حقوق الماثلة في المادة - ٧٣ على أن الزوجة مجبورة على إطاعة زوجها في الأمور المباحة « والمادة - ٧١ - تقول : تجبر الزوجة بمعد استيفاء المهر المجل على الإقامة في بيت زوجها إذا كان مسكناً شرعياً وهكذا على النهاب معه إذا أراد الزوج النهاب إلى بلدة أخرى إذا لم يوجد مانع » .

ووجوب الطاعة في الحقيقة من تمة التعاون بين الزوجين ، ذلك لأن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع فإن كانت سليمة كان المجتمع سليماً ، ولا تستقيم حياة أي جماعة إلا إذا كان لها رئيس يدير شئونها ويحافظ على كيانتها ، ولا توجد هذه الرياسة إلا إذا كان الرئيس مطاعاً ، وهذه الرياسة لم توضع بيد الرجل مجاناً ، بل دفع ثمنها لأنه مكلف بالسمي على أرزاق الأسرة والجهد من أجلها مع ما في تكوينه وطبيعته من الاستعداد لها ، يقول سبحانه : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم » .

فهذا الجزء من الآية يثبت للزوج على زوجته حق الطاعة لأنه جعله فيما عليها ولا قومة بدون طاعة من الطرف الآخر ، وقد ورد عن رسول الله أحاديث

(١) فلا أمرها بما نهى الشارع عنه كشرب الخمر ولعب اللير ومجالسة الرجال الأجانب أو الخروج بشكل غير لائق شرعاً أو ترك الصلاة والصيام فلا يجب عليها الاستئثال بل يحث عليها مخالفتها لحديث « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » .

كثيرة تحض المرأة على طاعة زوجها .

منها ما روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله فقالت : إني رسول النساء إليك وما منهن إلا وهي تهوي مخرجي إليك ، الله رب الرجال والنساء وألهن وأن رسول الله إلى الرجال والنساء ، كتب الله الجهاد على الرجال فإن أصابوا أفرأوا وإن استشهدوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون فما يعدل ذلك من أعمالهن من الطاعة ؟ فقال لها الرسول عليه الصلاة والسلام « طاعة أزواجهن والمعرفة بحقوقهن وقليل منكن من تفعله » .

هنا وقوامة الرجل على المرأة فيها يتعلق بالحياة الزوجية فليس له الحق في التدخل في شئونها المالية ، لأن الولاية لها في ذلك ما دامت كاملة الأهلية ، فإن كانت أهليتها قاصرة فالولاية لوليها المالي كأبيها أو جدها أو من يقوم مقامها .

ويتبع حق الطاعة حق آخر وهو حق القرار في البيت لا تبرحه إلا بإذنه وليس قرارها في البيت غيبنا لها أو سجنًا لها كما فهمه قصار النظر وإنما هو إعانة لها على أداء وظيفتها التي خلقت لها وهي التفريغ لتربية الأولاد في مبدأ حياتهم ليحيوا حياة سليمة ، ومن قبل ذلك محافظة عليها من الفتنة والفساد ، وليس معنى هذا أن تظل حبيسة البيت لا تخرج منه أبدًا كما فهمه بعض الناس خطأ ، لأنه ليس حقًا من حقوق الله حق يكون لازماً بل هو حق للزوج إن شاء الله تمسك به وإن شاء تنازل عنه وأذن لها بالخروج ما لم يترتب على خروجها مفسدة فينتحم المنع محافظة على حرمان الله .

على أن حق المنع ثابت له بشرط أن يكون أوقاها حقوقها ، وألا يكون لخروجها مسوغ شرعي كإداء فريضة الحج بشرط أن يكون سفرها مع ذوي رحم محرم منها ، وزيارة أبيها ومحارمها من أخوتها وأعمامها وغيرهم .
فإن وجد المسوغ الشرعي لخروجها ولم يأذن لها ، كان لها الخروج بدون إذنه

فتتور والديها كل أسبوع مرة ، ومحارمها كل سنة ، وقيل كل شهر كما يقرره فقهاء
الحنفية ، وقيد أبو يوسف ذلك بعدم قدرتهم على الجيء إليها .

ويرى الجعفرية : أنها تخرج لزيارة والديها ومحارمها حتى لا يتحقق منها العقوق
والقطيعة دون تقيد بزمان محدد ، لأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال .

وإذا مرض أبوها وليس له من يقوم بتمريضه غيرها كان لها أن تذهب
إليه لتقوم بتمريضه ولو لم يرز الزوج ، ولا تكون بذلك خارجة عن طاعته ،
لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند تعارضهما ، حتى ولو كان الأب غير
مسلم .

وعلى الزوجة بعد طاعة زوجها وقرارها في بيته ، أن تكون أمينة على سره
حافظة لماله وشرفه فتبتعد عن مواطن الشبهات ، فلا تدخل بيتها من لا يرزى
زوجها عنه ، ولا تطيع فيه أحداً لقول رسول الله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن
بالله أن تأذن في بيت زوجها وهو كاره » ، ولا تطيع فيه أحداً ولا تعزل فراشه
ولا تضربه » (١) .

ثانياً : ولاية التأديب .

إذا كانت الزوجة مطيعة لزوجها محافظة على حقوقه فلا متبيل له عليها ،
أما إذا خرجت عن الطاعة وخالفته فيما يجب عليها ، كان له عليها ولاية التأديب

(١) أما عمل البيت من كس وغسل وطبخ ، فهو واجب عليها حقيقة لأن رسول الله صلى الله
عليه وسلم ، قسم العمل بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فيجعل عليا العمل في البيت وعليه العمل
خارجه ، أما أنها تجبر عليه قضاء ففیه التفصيل الآتي ؛ إن كنت لا تقدر عليه أو كانت قادرة
ولكن عادة أمثالها جرت بالآ يفمن بالخدمة فعليه أن يحضر لها من يقوم بخدمة البيت ولا تجبر
عليه ، وإن كنت قادرة على العمل وتحسنه وكنت ممن يحسن أنفسهن فعلى بعض الفقهاء أنها تجبر
عليه ويرى آخرون أنها لا تجبر .

لقوله تعالى : « فالصالحات فانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ، واللاتي يخافون نشوزهن فمظوهن وامجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » النساء / ٣٤ . فهذه الآية قسمت النساء إلى نوعين . صالحات . وهؤلاء لسن في حاجة إلى تأديب لأنهن يقمن بما عليهن من حقوق الله وحقوق الزوج .

والنوع الثاني الذي عبرت عنه الآية « واللاتي يخافون نشوزهن » وهن اللاتي شرع التأديب لهن ، لأن تركهن على انحرافهن يسبب البيت شقاء لا تستقيم معه الحياة الزوجية ، وجعل التأديب للزوج دون غيره من الولي أو القاضي محافظة على كيان الأسرة بحفظ أسرارها من أن تزداع فيطلع الناس منها على ما لا يحسن الاطلاع عليه ، ولأنه أعلم من غيره بما يقومها ويردها إلى صوابها ، ولأن ضرر انحرافها يعود أولاً عليه وعلى بيته .

ثم أن الآية بينت طريق التأديب فجعلت له وسائل ثلاث : الموعظة الحسنة والمهرج في المضاجع ، والضرب ، وجاءت بها مرتبة فإذا أراد التأديب بدأ بما بدأ الله به فيعظها فإن كفت الموعظة وقف عند ذلك ، وإن لم تقد الموعظة مجبرها في المضجع بأن يوليها ظهره أو ينام في فراش آخر داخل البيت ، فإن لم يقد المهرج فله أن يضربها ضرباً غير مبرح ولا مشين .

وفي هذا يقول رسول الله ﷺ في خطبته في حجة الوداع . « ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان^(١) عنكم ليس غلكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فإن فعلن فامجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح ، فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

(١) عوان جمع عاتية وهي الأسيرة . ومنهنا أن النساء عند الرجال بمنزلة الأسرى فليطمن الإحسان إليهن .

ولقد سأل رجل النبي ﷺ : ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : « تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسبت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت » .

فإذا أساء الرجل استعمال حقه ، وتجاوز القدر اللازم للإصلاح كان متعدياً ، وللزوجة حينئذ أن ترفع أمرها إلى القاضي ليرده عن عدوانه ، فإن ثبت لديه عدوان الزوج عززه بما يراه كافياً لزجره عن معاودته لما فعل ، وليس له حق إيقاع الطلاق جبراً إذا طلبته الزوجة كما يرى الحنفية والجعفرة ، ويرى المالكية أن المرأة لو طلبت الطلاق للضرر في هذه الحالة كان للقاضي سلطة إيقاع الطلاق إذا امتنع الزوج عن التطلق وتكون طلاقه بائنة ، وهو ما يجري عليه الممثل في مصر .

وأذا عرفنا أن شريعة الله عامة لا تخص طائفة دون غيرها وليست قاصرة على زمن معين ولا بيئة خاصة ، وعرفنا مع ذلك أن النساء تختلف طبائعهن ، ففهن من تردمن الكلمة عن غيها ، ومنهن من لا يؤثر فيها الكلام ولا يردنها إلا الهجر والحرمان ، ومنهن من لا يفيد معها كلام ولا هجر لشراسة في خلقها وعناد لا يرده إلا الضرب ، إذا عرفنا ذلك أدركنا سر تنوع وسائل التهذيب في كتاب الله الذي لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء ، والذي خلق المرأة وهو الحبيب بأسرارها العليم بما يهديها إذا ما التوى بها الأمر عن الجادة المستقيمة .

وبعد ذلك يكون من قصر النظر وسوء الفهم توجيه النقد على غير هدى كما قيل : إن الضرب وسيلة صحراوية لا تتفق مع عصر المدنية والتقدم ، فكيف تبيح شريعة لزوج أن يضرب زوجته تدرجت في مدارج الثقافة حتى بلغت قمتها ؟ .

ونحن نقول لهذا المقترى : ليس كل النساء كما وصفت ، وليس الضرب هو

الوسيلة الوحيدة المشروعة . بل إنها إحدى وسائل ثلاث ، وكانت في المرتبة الثالثة لا يلجأ إليها إلا عند فشل الأولى والثانية .

إن القرآن يعالج انحراف المرأة من القعة ، فيعالج من طريق العقل أولاً ، ثم ينتقل إلى طريق الماطقة ، ولم يبق بعد ذلك إلا طريق الجسد بالضرب ، لأن من لا يستجيب بعقله ولا يتأثر بماطقته ينزل إلى مرتبة الحيوان الأعجم ، فبم تقوم اعوجاجه أيا الناقد الحاقدا ؟ .

ثم إن القرآن لم يقف بالعلاج عند هذه الوسائل الفردية التي وكلها إلى الزوج ، بل جعل للزوج إذا لم يصل إلى نتيجة وأفلت الزمام من يده أن يرفع الأمر إلى القاضي ليعالج المشكلة بوسيلة أخرى على مستوى الجماعة ، لأن الحياة الزوجية ليست ملكاً للزوجين خاصة ، بل لها جانب اجتماعي من جهة أنها عضوان في المجتمع الذي يسعد بسعادة أفرادهِ ويشقى بشقاؤهِم ، فيبحث القاضي حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة ، ليتعرفا أسباب النزاع ويقوما بالأصلاح كما يقول سبحانه : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً » النساء / ٣٥ . وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه عند الكلام على التفريق بين الزوجين للضرورة .

المبحث الثالث

في حقوق الزوجة غير المالية

أولاً : ثبتت للزوجة على زوجها عدم الإضرار بها بأن يعدل في معاملتها فيعاملها بما يجب أن تعامله به فيحافظ على حقوقها من غير إفراط ولا تفريط ، وإنما وجب عليه العدل وعدم الإضرار باعتبار ما له من السلطان والرياسة ، فحيث وضع الشارع في موضع القوامة وأوجب له على زوجته الطاعة والقرار

في البيت ومنحه سلطة التأديب، وهذه أمور لا تستقيم مع إطلاق يده في التصرف بل يجب تقييدها بالعدل من جانبه ، حتى تسير الحياة الزوجية في طريق مستقيم لتحقق الغاية المقصودة منها .

ومن هنا جاءت عدة آيات وأحاديث تقبّل الزوج إلى أن يمدل ولا يظلم وينفع ولا يضر ويرحم ولا يقسو ، فيقول جل شأنه : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف » ويقول : « فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرراً تعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » البقرة / ٢٣١ ، ويقول : « فإن أظنكم فلا تبغوا عليهن سبلاً »

ويقول ﷺ : « خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي » ، وفي حديث آخر يقول : « ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت » ، وفي خطبة الوداع يقول : « ألا واستوصوا بالنساء خيراً فأنما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك » يريد أن يقول ، إنكم لا تملكون منهن غير الاستمتاع ، وهكذا يرسم الإسلام طريقة معاملة الأزواج لزوجاتهم ، فمن سار في طريقه نجا ، ومن حاد عنه وآذى زوجته بالقول أو بالفعل كان لها الحق أن ترفع الأمر إلى القاضي وهو بما له من الولاية العامة يستطيع زجر الزوج بالقول وتعميره بما يراه وادعاه له عن عدوانه ، كما يذهب إليه الحنفية والجعفرية . أو تطلب التفريق للضرر وللقاضي أن يأمره بتطليقها ، فإن لم يفعل طلقها نيابة عنه وإن لم يرض بذلك للزوج كما يذهب إليه الإمام مالك .

وينص قانون حقوق العائلة في المادة - ٧٣ - على أن الزوج مجبور على حسن معاشرته زوجته ، كما يجب عليه العدل للزوجة يجب عليه التسوية بين زوجاته

ثانياً : إذا كان له أكثر من زوجة وجب عليه التسوية بينهن في المعاملة ، سواء كان ذلك في البيات أو في النفقة بأنواعها ، لأن الله شرط حل التعدد بالعدل في قوله جل شأنه : « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » والمادة - ٧٤ - من قانون

حقوق المائلة تنص على أن « الرجل مجبور على إجراء العدالة والمساواة بين زوجاته المتعددات » .

ويستوي في ذلك البكر والثيب والشابة والمعوز والصحيحة والمريضة والأولى والأخيرة والمسلّة والكتانية ، لأن رباط الزوجية واحد في الجميع ، فلا محل له أن يميز واحدة عن غيرها في أي شيء من الأمور الظاهرة ، فبييت عند كل واحدة قدر ما يبيت عند الأخرى وتقدير النوبة مفوض إليه . وإن كان الأولى ألا تكون طويلة حتى لا تطول الوحشة على الزوجات .

والمعتبر في المناوبة بين الزوجات الليل لا النهار ، إلا إذا كان الزوج يعمل ليلا فتكون المناوبة بالنهار ، وإذا عين الزوج مقدار النوبة بدأ بمن شاء ، وعليه أن يوفي كل زوجة نوبتها دون أن يزيد لواحدة على حساب الأخرى إلا إذا أذنت صاحبة الحق في ذلك ، أو وجدت ضرورة تدعوه إلى ذلك كان مرضت إحداهن وليس لها من يقوم بتمريضها غيره .

وإذا تنازلت إحدى الزوجات عن نوبتها لزوجة أخرى صح ذلك ، لأن رسول الله أقر ذلك عندما تنازلت سودة بنت زمعة عن نوبتها لعائشة رضي الله عنها ، وللمتنازلة أن ترجع عن تنازلها متى شاءت لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط .

يلزم الزوج هذا القسم حتى ولو كان مريضاً ، لأن في وجوده عند زوجته إنساناً لها إلا إذا أذن له في القرار في بيت إحداهن .

ويرى الجعفرية: أنه عند تعدد الزوجات لاحق للزوجة إلا في لية من أربع ، فإن كان له زوجتان فلكل واحدة لية والباقي من الأربع له أن يضعه حيث شاء ، فيجوز له أن يبيت عند إحداهما ثلاثاً لأن له الحق في التزوج من اثنتين غيرها ، وإذا جاز له ذلك جاز أن يجعل نصيبها لإحدى زوجتيه .

ونحن نقول: نعم له أن يتزوج أربعاً وعليه العدل بين زوجاته أياً كان عددهن
فهل في ذلك عدل ؟

هذا ولا يسقط القسم عنه إلا في حالة السفر ، فله أن يأخذ من يشاء منهن
للسفر معه ، وليس لغيرها عوض عن أيام السفر لطالب به بعد العودة منه ، ولا
يجب عليه إجراء القرعة بينهما وإن كان من الأفضل أن يختار من يختارها السفر
بالقرعة بينهما تطبيقاً لحاظرهن ، حتى لا تشعر الباقيات بمرارة التفضيل لمن
اختارها ، وهذا عند الحنفية والشافعية . لأنه لا يجب عليه أن يصحب أحداً من
نسائه معه في سفره .

ويرى الشافعية أنه يجب عليه أن يفرق بينهما ، لما روي أن رسول الله ﷺ
كان إذا أراد سقراً أفرق بين نسائه وأبتهن خرجت قرعتها خرج بها ، فإذا
أفرق بينهما لا يقضي للباقيات ، وإن سافر من غير قرعة فعليه أن يقضي للباقيات
بقدر غيبته مع من سافر بها .

وأجيب على ذلك بأن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك تطبيقاً لقلوب نسائه ،
ولأن الزوج لا يجب عليه أن يصحب واحدة منهن ، وليست كل زوجة تصلح
رفيقة في السفر .

وكما يجب عليه التنسوية في البيات ، يجب عليه التنسوية في النفقة حسب حاله
من العسر واليسر على أحد الآراء من مذهب الحنفية ^(١) وهو المعمول به في مصر
بمقتضى المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فيعطي الفقيرة والغنية سواء

(١) يرى بعض الحنفية أن النفقة على حسب حالة الزوجة وحدها ، ويرى فريق ثالث أنها على
حسب حال الزوجين معاً ، وهو الرأي الراجح في المذهب الحنفي التي كان يعمل به في القضاء
قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

لقلوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف نفساً إلا ما آتاهها » الطلاق / ٧ .

وقانون حقوق العائلة في المادة - ٩٢ - يعتبر في النفقة حال الزوجين معاً .
أخذاً بالراجح من مذهب الحنفية .

ويرى الجعفرية : أن النفقة على حسب حال الزوجة وحدها ، فلا يجب عليه التسمية إلا إذا تساوى في اليسار والأعسار ، فإن كانت إحداهما موسرة والأخرى معسرة أعطى كل واحدة ما يكفيها حسب حالها .

الفصل الثالث

في الحق الثالث للزوجة وهو المهر^(١)

وفيه مباحث

المبحث الأول

في التعريف به وسبب إيجابه ومم يكون ؟

المهر^(٢) حق مالي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في عقد زواج صحيح ،

(١) أم مراجع هذا البحث. البدائع ج ٢ ص ٢٧٤ وما بعدها ، فتح القدير ج ٢ ص ١٣٤ وما بعدها ، الفنى لابن قدامة ج ٦ ص ٦٧٩ وما بعدها ، زاد المعاد ج ٤ ص ٢٨ وما بعدها ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٦ وما بعدها ، الشرح الكبير بحاشية الدرمني ج ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها ، شرح منهاج الطالبين بحاشية ج ٣ ص ٢٧٥ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها ، الفروق للفراقي ج ١ ص ١٥٠ وما بعدها ، تفسير القرطبي ج ٥ ص ٩٩ ، تفسير التتار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٢) وله أسماء ، منها الصداق من الصدق لدلالته على صدق رغبة بذلة في المرأة . ولتحقق أي عليه من الله مبتدأة لأن استمتاع كل من الزوجين في مقابلة استمتاع الآخر به . فالهر ليس عروضا عن شيء ، ويسمى صدقة لقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » والنفيسة والأجر « وآتوهن أجورهن قريضة » والملاقى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أدوا الملاقى » قيل وما الملاقى يا رسول الله ؟ قال : ما يتراضى به الأملون ، والمقر والحباء وغيرهما . ولجميع الفنى ج ٦ ص ٦٧٩ ، وحاشية القليوبي ج ٣ ص ٢٧٥

أو دخول بشبهة أو بعد عقد فاسد . وهذا التعريف يفيد أن المهر واجب ، وأنه يجب على الرجل لا على المرأة ، وأن وجوبه ثابت بأحد أمرين :

الأول : مجرد العقد ويكون في الزواج الصحيح لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم » النساء / ٢٤ ، فهو يفيد أن طلب الزواج لا يكون إلا بالمال ، وليس له معنى إلا وجوب المهر بمجرد العقد الصحيح ، وإن كان هذا الوجوب لا يستقر إلا إذا تأكد بأمر من مؤكدات المهر ، لأنه قبيل تأكده عرضة لأن يسقط بعضه إذا طلقها قبل الدخول ، أو يسقط كله لا إلى بدل إذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول ، أو يسقط كله إلى بدل إذا فسدت التسمية فإنه يجب عليه النعمة .

الثاني : الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أو في المخالطة بشبهة ، وفي هذا لا تبراؤه منه إلا بالأداء أو الأبراء منه من جانب المرأة .

أما وجوبه فثابت بالكتاب والسنة والإجماع والمقول .

أما الكتاب فأيات كثيرة منها : « الآية السابقة » . وقوله تعالى : « فانكحوهن بإذن أهلن وآتوهن أجورهن » إلى قوله : « فاستمتع به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » وقوله : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم » الأحزاب / ٥٠ ، وقوله جل شأنه : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » النساء / وقوله : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » .

فقد قيل في تفسيرها : عطية من الله للنساء بدليل : « فآتوهن أجورهن فريضة » .

وقيل عطية عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى .

أما السنة فلأن رسول الله ﷺ لم يحل زواجا من مهر ، ولو لم يكن واجبا لتركه مراه ليدل على عدم وجوبه .

وقد أجمع المسلمون على ذلك من عصر الصحابة إلى وقتنا هذا لم يخالف في ذلك أحد .

وأما المعقول : فلأن الزواج لو أبيح بدون مهر لكان في ذلك ابتذال النساء وحط أقدارهن واستهانة بشأنهن ولأدى إلى قطع النكاح لأوهى الأسباب وأتقها .

وبعد وجوبه . هل يشترط ذكره في العقد ؟

عقد الزواج لا يتوقف وجوده ولا صحته شرعا على ذكر المهر فيه بالاتفاق ، لأنه ليس ركنا من أركانه ولا ذكره شرطا لصحته بل يثبت المهر ديناً في الزواج بمجرد العقد الصحيح النافذ فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره ، والدليل على صحته مع عدم تسمية المهر قوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لمن فريضة ومتوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين البقرة / ٢٣٦ » فهذه الآية تدل على نفي الجناح عن المطلقين قبل الدخول وقبل فرض المهر ، والطلاق لا يكون إلا بعد قيام الزوجية الصحيحة ، ولو كانت تسمية المهر شرطا لصحة الزواج لما صح العقد وبالتالي لم يكن طلاق مباح .

وما روى عن عبد الله بن مسعود أ رضي الله عنه أنه سئل عن المرأة التي تزوجت ولم يسم لها زوجها مهراتم مات عنها قبل الدخول ، فقال : بعد تردد طويل استمر شهرا من الزمان : لم أجد ذلك في كتاب ولا فيما سمعته من رسول الله ولكن أجتهد رأيي فأن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فبني ومن الشيطان والله أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط و أي لا نقص ولا زيادة ، فقام رجل يقال له معقل بن سفيان وقال : إني أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية مثل قصائك هذا ، ثم قام أناس من أشجعيه وقالوا : إنا نشهد بمثل شهادته . ففرج ابن مسعود بذلك ،

وهذا يدل صراحة على أن العقد صحيح وإن لم يذكر المهر فيه، وأن الواجب عند عدم التسمية هو مهر المثل .

هل المهر عوض عن شيء ؟

وإذا وجب المهر على الزوج بمجرد العقد فهل كان وجوبه عوضاً عن شيء ملكه في مقابلته أو كان عطاء لازماً وهدية قررهما الشارع ؟

اختلف نظر الفقهاء في ذلك، فمنهم من يذهب إلى أنه عوض عن ملك المتعة (١) ومن هنا حكموا بفساد العقد إذا تزوجها على ألا مهر لها وقبلت ذلك قياساً له على البسيع إذا نفى فيه الثمن .

وقالوا: إن القرآن سماه أجراً في مقابلة الاستمتاع في قوله تعالى : « فأتوهن أجورهن بالمعروف » .

وذهب آخرون إلى أنه وجب على أنه هدية لازمة وعطية مقررة من الشارع . لأن القرآن سماه نعمة في قوله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نعمة » ، والنحلة تطلق على ما ينحله الإنسان ويعطيه هبة عن طيب نفس بدون مقابلة عوض ، وقيل نحله تدبينا والنحلة الديانة والملة . كما يقول القرطبي في تفسيره ج ٥ ، ولأنه لو كان عوضاً عن التمتع كما يقول أصحاب الرأي الأول لما وجب منه شيء إذا طلقها قبل الدخول حيث لم يستوف نظيره شيئاً مع أن القرآن أوجب لها المهر إذا كان

(١) من هذا الفريق المالكية ولذلك عرفوه: بأنه ما يبطل للزوجة في مقابلة الاستمتاع بالشرح الكبير ج ٢ ص ٢٩٢ ومرفوعاً للشافعية . يقول حمزة في حاشيته على شرح المنهاج ج ٣ ص ٢٧٥ وهل الصدقات عرض أو تكرمة وفضيلة للزوج قولاً حكاهما للرحشي . ويقول عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام ج ١ ص ٦٦ وليست النفقة في مقابلة ملك البضع وإنما هي في مقابلة التمكن والوضع مقابل بالصدقات فتكون نفقة المرأة كتلك للعبد المشتري فإن الثمن في مقابلة وقتة والنفقة جارية بسبب ذلك للملك « ١٦ » .

سمى لها مهر أو المنة وهي نوع من المال عند عدم التسمية . يدل لذلك قوله تعالى : « لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تسموهن أو تقرضواهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين وإن طلقتموهن من قبل أن تسموهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة / ٢٣٧ .

وإذا كان القرآن سمى المهر باسمين متغايرين « أجر ونحلة » وكل منهما له مدلوله الذي يفاير مدلول الآخر فأحدهما يقتضي أن يكون المهر عوضا والآخر يقتضي أن يكون غير عوض فالأمر يحتاج إلى ترجيح أحدهما لأنها غير مرادين معا . فتقول :

إن إقضية المعاوضة ليست ظاهرة . أما قبل الدخول فلأن الزوج وإن حل له التمتع بالمرأة لكنه لم يستوف منه شيئا وقد أوجب الشارع المال إذا طلقها قبل الدخول كما تقدم بيانه .

وأما بعد الدخول في الزواج الصحيح فهو وإن ملك الزوج التمتع بها واستوفى حقه منها إلا أنه لا يصلح أن يكون موجبا للعوض على الزوج ، لأن الاستمتاع مشترك بينهما فكل منهما يتمتع بالآخر كما قدمنا في الحقوق المشتركة بين الزوجين . وكان مقتضى ذلك ألا يجب على الزوج شيء في مقابلة نفسه أو يجب على كل منهما العوض .

لكن الشارع خص الزوج بالإيجاب عليه فلا بد أن يكون وجوبه لمعنى آخر غير المعاوضة . وليس هنا ما يصلح لذلك غير أنه عطاء لازم من الزوج لإيانة لشرف العقد وإظهاراً لحطو لبذم العقد ويؤدي مقاصده :

والثما وجب على الزوج دون الزوجة ؟

لأن عقد الزواج شرع لمقاصد أخرى غير التمتع المشترك بين الزوجين وهذه المقاصد لا توجد إلا بدوام العقد ، والشارع جعل للزوج القوامه وملكه الطلاق عند

اشتداد النزاع الذي لاتخلو منه الحياة الزوجية عادة ، فلو شرع الزواج بدون مال يدفعه الزوج لهانت عليه الزوجة وتخلص منها لأتفه الأسباب ، حيث أخذها بلا شيء وسوف لا يدفع شيئا في زواجه بغيرها ، فكان وحوب المهر عليه من عوامل حرصه عليها وعدم التفريط فيها فوق أنه يشعرها من أول الأمر بأنها محل رعايته وتكريمه ، وأنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة فتقبل على الحياة الزوجية وهي راضية مطمئنة .

وفي هذا يقول الكاساني في بدائمه ^(١) ما نصه : « إن ملك النكاح لم يشرع لهينه بل المقاصد أخرى لا حصول لها إلا بالدوام على النكاح ، وللقرار عليه لا بدوم إلا بوجود المهر بنفس العقد لما يجري بين الزوجين من الأسباب التي تجعل الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة ، فلو لم يجب المهر بنفس العقد لايبالي الزوج بأزالة الملك بأدنى خشونة تحدث بينها لأنه لا يشق عليه إزالته لسا لم يخف لزوم مهر فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح ، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بهال له خطر عنده ، لأن ما ضاق طريق إصابته يعز في الأعين فيعزبه أمساكه وماتيسر طريق إصابته يهون في الأعين فيهون أمساكه ومتى ، هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقم الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح ١٥ هـ .

ما يصلح أن يكون مهرا

لاخلاف بين الفقهاء في الأشياء بالنسبة لصلاحيتها لأن تجعل مهرا تتنوع إلى نوعين : نوع يتعين أن يكون المهر منه . وهو كل ما له قيمة شرعية سواء كان هينا من الذهب والفضة أو منفعة مباحة تقوم بالمال أو دينيا في الذمة .

(١) ج ٢ ص ٢٧٥

ونوع لا يصلح أن يكون مهرًا وهو كل ما ليس بمال أو كان مالا غير متقوم شرعا كالخمر والخنزير في حق المسلم أو منفعة غير مباحة أو مباحة ولكنها لا تقوم بمال . وإن اختلفوا في تطبيق هذين الأصلين على بعض الجزئيات لاختلاف وجهات النظر فيها ، لأن المهر إما عوض كما يرى بعض الفقهاء أو هبة من الزوج لازمة وكل منها لا يكون إلا من النوع الأول .

فلو سمى لها مقدارا معينًا من المال ذهبًا أو فضة مضروبة أو غير مضروبة أو غير مصنوع أو ورقًا نقديًا أو قدرًا معينًا من المكيلات أو الموزونات أو المنسوجات أو دارًا معينة أو سكنى دار أو منفعة أرض أو خدمة يؤديها لا يكون فيها مهانة له ، أو دينًا في ذمة الزوجة أو في ذمة شخص آخر وما شاكل ذلك صحت التسمية ، وإن سمى لها غير ذلك مما ليس بمال متقوم أو منفعة غير مباحة أو لا تقوم بمال لانصح التسمية ، وسيأتي تفصيل ذلك بالأمانة .

المبحث الثاني

في مقدار المهر

للفقهاء في مقدار المهر آراء . فمن الفقهاء من يذهب إلى عدم تحديده بمقدار لا في مبدئه ولا في نهايته وإنما هو موكول إلى تراضى الطرفين ، ومنهم من يذهب إلى أن أقله محدد بمقدار لا يجوز بأقل منه وإن لم يكن عددًا للنهاية . وإليك تفصيل ذلك : أما أدناه فنذهب للشافعية والحنابلة والجعفرية وجماعة آخرون إلى أنه لا حد له ، بل يصح عندهم بكل ما يصدق عليه المال شرعا مادامت له قيمة يقوم بها وتراضى عليه الزوجان مستبدلين بقوله تعالى « أن تبتعوا بأموالكم » فهذه الآية شرطت أن يكون الزواج بالمال ولم تحدد مقدارا معينًا . فعلنا من ذلك أن كل ما يسمى مالا في العرف والشرع يصح تسميته مهرًا . ثم جاءت الأحاديث مؤيدة لذلك . ففي بعضها « إلتمس ولو خاتنا من حديد » وروى أحمد وأبو داود عن جابر

أن رسول الله ﷺ قال: «لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يديه طعاما كانت له حللا»^(١) وما رواه الدارقطني بإسناده قال: قال رسول الله ﷺ «أنكحوا الأيامى وأدوا الملائق» قيل ما الملائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون»^(٢) ولأن المهر ثبت حقا للزوجة بدليل أنها تملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطا فكان التقدير فيه إلى المتماقين .

وذهب الحنفية والمالكية وجماعة من السلف إلى أن له حدا أدنى لا يصح بأقل منه مستدلين بأحايث وآثار عن الصحابة تفيد التحديد. فتكون الآية مقيدة لا مطلقة ، ويحملون بعض الأحاديث السابقة على الخصوصية كمحديث الحاتم ، وبعضها الآخر على ما قبل شرعية التحديد. يريدون بذلك أن الزواج شرع أولا من غير تحديد مقدار للمهر ثم جاء التحديد بعد هذا .

ثم قالوا : إن المهر وجب أظهارا للشرف والمقد وأبانة لخطر محله وهو المرأة الحرة فيجب أن يكون له قدر لا ينزل عنه حتى لا ينزل بشرف العقد ، وهذا القدر ريع دينار عند المالكية لأن هذا القدر له خطر حيث تقطع يد السارق بسرقة .

ويرى الحنفية أنه عشرة دراهم^(٣) لأن يد السارق لا تقطع في أقل منه. ولما روى عن عمرو بن عبد الله بن عمر أنهم كانوا يقولون «لا يكون مهر أقل من عشرة دراهم» وهذا التحديد لا يعرف بالرأي والاجتهاد فلا بد أن يكونوا سمعوا فيه حديثا عن رسول الله ﷺ ، بل قالوا إن الدارقطني روى عن جابر عن رسول الله أنه قال «لا مهر أقل من عشرة دراهم» ، وأما كون المهر حقا للمرأة خالصا فهذا مسلم أنه حقا في حالة البقاء بعد تسام العقد ، وأما في الابتداء فيه حتى

(١) متفق الأخبار بشرح نيل الأقطار ج ٦ ص ١٤٢ ، ١٤٥

(٢) الفتن لابن قدامة ج ٦ ص ٦٨٢ .

(٣) وقدوة ابن شربة بشمة دراهم وإبراهيم النخعي بأربعين درهما وسعيد بن جبير بخمسين درهما وقيل غير ذلك .

للشارع لأبانه خطر العقد وصيانة المرأة عن الابتذال ، وحق للأولياء حيث ثبت لهم الاعتراض إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر المثل

ونحن نقول : إن التقديرات لا تعرف بالرأي وأنها تعرف بتقدير الشارع ، ولم يصح في التقدير حديث ، فالحديث الذي استدل به الحنفية ضعفه رجال الحديث والأثر عن بعض الصعابة ضعفه الكمال بن الهمام ^(١٣) ، والأحاديث التي استدل بها غيرهم ليست صريحة في التحديد . بل كل ما فيها أن كلامها يوافق مهرأ من المهور الواقعة في عصر النبوة ، وهذا لا يدل على أنه المقدر الذي لا يجزئ ، دونه إلا مع التصريح بأنه لا يجزئ دون هذا المقدار ولا تصريح إلا ما ورد في الذي استند إليه الحنفية وقد علمت ما فيه . وفوق ذلك فإنه جزء من حديث ولفظه « لانكاح إلى بولي وشاهدي عدل ولا مهر أقل من عشرة دراهم » والحنفية أنفسهم تركوا العمل به في باب الولاية وعدالة الشهود فكيف يأخذون به في باب المهر ؟

فالراجح ما ذهب إليه الفريق الأول من أنه ليس في الأمر تحديد ، وأقوى دليل لهم حديث خاتم الحديد ، وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق العائلة حيث صرحت مادته الثمانون بأن المهر المسمى وهو الذي سماه الطرفان قليلا كان أو كثيرا .

وإذا عرفنا أن الجعفرية من هذا الفريق فيكون المعمول به في المحاكم الشرعية اللبنانية أنه لا حد لأقل المهر ، بل كل ما اتفق عليه الزوجان عند العقد صح تسميته مهرا ما دامت له قيمة شرعا وعرفا ، لكن المحاكم المصرية تسير على مذهب الحنفية الذي يعتبر أقل المهر عشرة دراهم ، فلو سمى الزوجان أقل من هذا المقدر ألزم الزوج بتكميله إلى ما قيمته عشرة دراهم ^(١١)

(٣) راجع فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٦ ، وقيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٣

(١) للمتبر في الدرهم الشرعي ما وزنه أربعة عشر قيراطا كل قيراط يساوي خمس حبات

أما أكثر المهر فقد اتفق الفقهاء على أنه لا حد له فلفلتماعدين أن يزيدا فيه حسب تراضيها لعدم ورود دليل يدل على من ذلك . والتحديد إنما يكون النص .

ولهذا روى أن عمر بن الخطاب أراد أن ينهي الناس عن التثالي في المهور ويعدد لها مقداراً معيناً لا يتعداه أحد فقال في إحدى خطبه ^(١) . ألا لاتقالوا في صدقات النساء فأنها لو كانت مكرمة في الدنيا أوتقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية ^(٢) الأوقية من الذهب أربعون درهما .

فقامت إليه امرأة فقالت : يا عمر يمطينا الله وتحرمنا أليس الله سبحانه وتعالى يقول : « وأتيت إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً » فقال عمر : أصابت امرأة وأخطأ عمر .

وفي رواية : فأطرق عمر ثم قال : كل الناس أفقه منك يا عمر .

فيكون وزن الدرهم الشرعي سبعين حبة من الشعير المتوسط ومن المعلوم أن قيمة الفضة تختلف باختلاف الزمن ، فقد كانت قيمة الدرهم من الفضة قبل زمن التضخم تساري قرشان ونصف العملة المصرية فكان أول المهر خمسة وعشرين قرشاً مصرياً ولكن هذه القيمة لا تصلح الآن فبعد جمع إلى معرفة حبة وزنها من الفضة .

(١) لتفسير القرطبي ج ٥ ص ٩٩

(٢) قال الترمذي حديث متعدد مرفوع النبي وبنائه بذلك حسن صحيح ، وفي زاد للماد ٤٩ ص ٢٨ ثبتني صحيح في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان صداق النبي صل الله عليه وسلم لأزواجه اثني عشرة أوقية ونشاً فذلك خمسمائة ^(٣) قال بيانة أن الأوقية أربعون درهما . الثمن نصف أوقية فيكون عشرون درهما . وفي المتن ص ٦٤ روى الجماعة إلا البخاري الترمذي عن أبي سلمة قال سألت عائشة : كم صداق رسول الله ﷺ قالت : كان صداقه لأزواجه اثني عشرة أوقية ونشاً . قالت أتدري ما الثمن ؟ قلت لا ، قالت نصف أوقية فذلك خمسمائة درهم .

وقد جاء في بعض الروايات أن عمر لما سمع كلام المرأة رجع إلى النبي فقال:
إني كنت نويتكم أن تريدوا في صدقات النساء على أربعمائة درهم فمن شاء أن
يعطيني من ماله ما أحب .

ولقد كان لعمر رضي الله عنه اجتهادات كثيرة كانت تصدر عن رغبة في الإصلاح
فكثيراً ما منع الناس من مباحات خشية ما يترتب على اندفاعهم فيها من ضرر
يلحقهم .

وفي هذه المسألة كان الباعث له هو تيسير الزواج عملاً بروح التشريع الذي دعا
إليه رسول الله كما جاء في مسند الإمام أحمد ^(١) من حديث عائشة رضي الله عنها
أن رسول الله قال: « أعظم التكليف أن يسره مؤنه » وقوله « خير الصداق أيسره »
فأراد رضي الله عنه أن يجعل للصداق حداً أعلى لا يتجاوزه الناس فقدروه بأربعمائة
درهم . وهو قريب من القدر الذي لم يتجاوزه الرسول في تزويج بناته ،
ولكنه لما سمع الآية ووجد ماصريحاً في جواز الزيادة رجع عن إلزام الناس بما قال :
وفي الحق أن المقالة في المهور وما يتبعها من اشتراطات للطرفين جعلت الراغبين
في الزواج يحجمون عنه فنتج عن ذلك أزمة الزواج التي حار النار في حلها مع
أن الحل في أيديهم ، ولو وقف الناس عند الحدود المعقولة فتنازل الزوج عن مطالبته
فيما يطلبه ، وكف أهل الزوجة عن تحميل أنفسهم ما لا يطيقون اندفاعاً وراء
التقليد الأعمى بمحاكاة الآخرين ، وعرف الكل أن الزواج لم يشرع إلا لتكون
الأسرة في صورة موفقة ، جمالها البساطة والمودة وعماها التعاون والمحبة .

لو عرفوا ذلك وساروا عليه لانتحل المشكلة وما وجدت شاكياً ولا باكياً .
ولكنه التقليد أعمى الناس عن الحقائق الواضحة وسار بهم في طرق ملتوية حتى
عمت الشكوى وزاد البلاء .

(١) زاد المعاد ، ص ٣٩

المبحث الثالث

في أنواع المهر والحالات التي يجب فيها كل نوع

المهر الواجب في الزواج نوعان^(١) :

الأول : المهر المسمى وهو الذي اتفق عليه عند العقد أو قدر بعده بتراضي الطرفين كما إذا عقدا العقد بدون تسمية للمهر ثم اتفقا بعده على قدر معين فإنه يكون المهر الواجب متى كانت تسميته صحيحة .

الثاني : مهر المثل . والمعتبر فيه مهر امرأة تماثلها وقت العقد من أسرة أبيها أو من غيرها، وتكون المائة فيما يعتد به من صفات الزوجة التي يرغب فيها من أجلها كالدين والأدب والعقل والتعلم والجمال والسن والبكارة والثبوتية، وكونها ولودا أو عقيمًا والبلد الذي تعيش فيه ، فإذا لم يوجد من قوم أبيها^(٢) من يماثلها من هذه الأوصاف فيعتبر من يماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها من أهل بلدها .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة م ٨٠ ونصها : « المهر مهران . إما المهر المسمى وهو الذي سماه الطرفان قليلا كان أو كثيرا أو مهر المثل وهو مهر امرأة

(١) اختلفت أئمة الحنفية في أيهما الأصل . فأبو حنيفة يرى أن مهر المثل هو الواجب الأصلي لأنه أعدل ، وإنها يندل عنه إلى المسمى إذا صحت التسمية . وصاحبه يقولان : إن الواجب الأصلي هو للمسمى للاتفاق عليه ولا يصار إلى مهر المثل إلا إذا تعذر إيجاب المسمى لعدم وجود تسمية أو كانت فاسدة .

(٢) يرى الشافعية أنه ينظر أو لا إلى من يماثلها من نساء العصبه فإن فقد نساء العصبه أو لم يعلم لمن مهر فساء الأرحام كامها وقراباتها كبجتها وخالاتها فإن تمدد ذلك اعتبر من يماثلها من الأجنييات من أهل بلدها . شرح المنهاج ج ٣ ص ٢٨٤ .

تقاربا وتماثلها من قوم أبيها وإن لم يوجد فمن أهالي بلدها .

والجسدية يوافقون ذلك في الجملة حيث يقررون أن المتبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف والجمال وعادة نساها ما لم يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم ^(١) . يريدون بذلك أن مهر المثل يجب عند عدم التسمية الصحيحة بشرط ألا يزيد عن خمسمائة درهم ، فإن زاد وجب هذا القدر فقط .

ولذلك قالوا : لو تزوجها على كتاب الله وسنة رسوله ولم يسم لها مهر أكان مهر مثلها خمسمائة درهم .

وبما ينبغي ملاحظته في تقدير مهر المثل عند الحنفية أن يلاحظ أن يكون زوج هذه الزوجة كأزواج أمثالها حسباً ونسباً وفضلاً لأن الرجل الفاضل يتسامح معه في مقدار المهر .

الاختلاف في مهر المثل

إذا اتفق الطرفان على مقدار مهر المثل وجب هذا القدر ، وإن اختلفا بآراء ادعى الزوج أن مهر مثلها كذا وادعى أهل الزوجة أنه أكثر من ذلك . فمن أقام بينة على دعواه أخذ بقوله ، وإن لم يوجد لها بينة فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه منكر للزيادة .

وإن أقام كل منهما البينة على دعواه أخذ ببينة الزوجة لأنها تدعى الزيادة والزوج ينكرها ، والبينات شرعت لأثبت الدعاوى لا لدفعها « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

(١) شرائع الإسلام ج ٤ ص ٣٤

الحالات التي يجب فيها مهر المثل

يجب مهر المثل في الحالات الآتية :

الأولى : إذا لم يسم في العقد بأن صدرت الصيغة مجردة من ذكره أو نفيه .
كأن يقول لها : زوجيني نفسك ، فتقول قبلت أو زوجتك نفسي دون أن تذكر مهراً .

وفي هذه الحالة تسمى المرأة بالمفوضة ، لأنها بسكوها تكون قد فوضت أمر تقدير المهر إلى زوجها ، لذلك كان لها الحق في مطالبتها بعد العقد بتقدير مهر لها ، فإن فصل وتراضيا وجب ما تراضيا عليه ، وإن لم يجبها إلى طلبها كان لها أن ترفع الأمر للقاضي ليأمره بالفرض فإن لم يمثل قضى لها بمهر المثل ، وإن سكنت عن المطالبة بالفرض حتى دخل بها أو مات عنها فلها مهر المثل ، لأنه وجب بالعقد وتأكيد بالدخول أو الموت . وهذا عند الحنفية ومن وافقهم .

والدليل على وجوب مهر المثل في هذه الحالة حديث ابن مسعود السابق .
الثانية : إذا اتفقا على نفي المهر بأن صدرت الصيغة مقرونة بالنفي أو كان هناك اتفاق سابق على الزواج بغير مهر وعقدا بناء على هذا الاتفاق ثم دخل بها .

وإنما وجب مهر المثل في هذه الحالة لأن المهر جملة الشارع حكماً من أحكام العقد فلا يملك العاقد نفيه ، واشتراط نفيه لا يخرج عن كونه شرطاً فاسداً لمناقضته لمقتضى العقد ، والشروط الفاسدة لا يفسد بها عقد الزواج بل يصح العقد ويلتزم الشرط .

ولأن المهر فيه حق للشارع لأنه أوجبته كما سبق - إيانة لحظر العقد وإظهاراً لشرفه فلا يستطيع أحد العاقدين إسقاطه . نعم أنه يجب أولاً بإيجاب

الله ، وللزوجة بعد تقررہ أن تسقطه لأنه في حالة بقاء الزواج خالص حقا . فلما أن ترده إلى الزوج إن كانت قبضته أو تبرئه منه إن لم تكن قبضته .

الثالثة : إذا سميا مهرأ تسمية غير صحيحة بأن سميا ما لا يصلح أن يكون مهرأ شرعاً . مثل تسمية ما ليس بمال كالطير في الهواء والسمك في الماء أو الأشياء الثائلة التي لا ينتفع بها مثلاً ، أو تسمية مال غير متقوم كالخمر والخنزير في زواج المسلم سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية ، أو تسمية مال متقوم لكنه مجهول جهالة فاحشة . كمجهول الجنس والنوع . كان يحمل مهرها حيواناً أو بيتاً أو حلياً أو قنطاراً أو أردياً مع عدم بيان نوعه . ففي هذه الصور تقسد التسمية ويجب مهر المثل لأنه الواجب الأصل كما يقول أبو حنيفة ، ولا يعدل عنه إلا إذا تراخيا على شيء معلوم يصح أن يكون مهرأ شرعاً ولم يوجد .

ويلحق بهذه الصورة وهي التي فسدت فيها التسمية زواج الشغار^(١) وهو أن يزوج الرجل موليته كبنته أو أخته من رجل على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته من غير صداق لكل منهما . بسل على أن يكون زواج كل منهما صداقاً للآخرى ، وهذا عند الحنفية الذين يصحون هذا العقد ، وأما عند الجمهور وم الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية فهو فاسد . ومنشأ الخلاف بينها أنه زواج جاهلي جاء الإسلام فنهى عنه بما رواه المحدثون عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ « نهى عن الشغار » قال نافع : والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق .

وبما رواه مسلم عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « لا شغار في الإسلام » فالجمهور ينهون إلى أنه زواج منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد ، ولأنه عقد زواجين في

(١) سمى بذلك لأنه مأخوذ من الشغور وهو الخلو يقال : شغرت الدار إذا خلعت من ساكنيها وشغرت الوظيفة إذا خلعت من شاغلها ولما كان هذا الزواج خالياً من المهر سمى شغاراً .

عقد واحد وهو منهي عنه أيضاً .

والخفية يقولون : إنه ليس منهياً عنه لذاته بل لما اشتمل عليه من ظلم المرأة والأجفاف بحقها كما كان عليه أهل الجاهلية من محكمهم في شئون النساء وإلحاق الضرر عن .

ففي هذا الزواج كل من الرأتين وقع عليهما الظلم بجرمانها من مهرها بينما انتفع كل من الوليين بمصوله على زوجة بدون مهر ، وهذا المعنى لا يفسد العقد لأنه متعلق بالمهر وفساد المهر لا يرجع على العقد بالفساد بل يفسد وحده ويصح العقد ، لأنه يصح مع عدم ذكر المهر وكأنه مسمى شيئاً لا يصلح مهرأ فيجب مهر المثل^(١) قال الأمر به إلى أنه زواج غير المثل .

الرابعة : إذا حصل الاختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية بالبينة فيجب مهر المثل فيما إذا ادعت الزوجة أكثر منه أو ادعى الزوج أقل منه ، أما إذا كان الادعاء من طرف الزوجة وادعت أقل من مهر المثل فإنه يحكم بما تدعيه وكذلك إذا كان الادعاء من طرف الزوج وادعى أكثر منه فإنه يحكم بما يدعيه .

وبهذا جاءت المادة ٨٦ من قانون حقوق العائلة وإن لم تكن دقيقة في صياغتها^(٢) .

الخامسة : إذا تزوج الرجل في مرض موته بأكثر من مهر المثل فإنه يجب لها

(١) راجع الفدائع ج ٢ ص ٢٧٨ وراجع كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١٢٦ لتفسير على تفسير الشافعي في المذاهب المختلفة .

(٢) ونفسها : « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل إلا إذا كان ادعاء التسمية من طرف الزوجة فينبغي أن لا يتجاوز المقدار الذي تدعيه مهر المثل . وإن كان من طرف الزوج فينبغي أن لا يكون أقل من المقدار الذي يدعيه »

مهر المثل ويجري على الزيادة حكم الوصية للوارث على اختلاف المذاهب فيها .
كما جاء بالمادة ٨٨ من قانون حقوق العائلة ونصها « إذا تزوج شخص في مرض
أمانة وكان المهر المسمى مساوياً لمهر مثل الزوجة تأخذه من تركته وإن كانت
زائداً عنه يجري حكم الوصية بحق الزائد .

متى يجب المهر المسمى

إذا صحت التسمية للمهر سواء كانت في العقد أو بعده وجب المهر المسمى
لتراضيهما عليه ، وصحة التسمية تتوقف على توافر الشروط الآتية :

١ - أن يكون المسمى ما لا متوقفاً في نظر الشارع أو ما هو في حكم المال
من المنافع التي تقوم بالمال .

٢ - أن يكون معلوماً بأن يكون خالياً من الجهالة الفاحشة .

٣ - أن يكون عقد الزواج صحيحاً فإن كان فاسداً لا يلتفت إلى المسمى .
بل يجب مهر المثل كما سيأتي ، فإذا توفر في المسمى ذلك وجب بشرط ألا يكون
أقل من المهر المقرر شرعاً فإن كان أقل منه وجب المسمى وما يكمل العشرة
دراهم عند الحنفية . والمعتبر القيمة عند العقد لا وقت التسليم . فلو سمى لها
ما قيمته عشرة دراهم عند العقد ثم نقصت قيمته عند التسليم لا يؤثر ذلك النقصان
في صحة التسمية ، وإن كان العكس وجب المسمى وما يكمل العشرة ، لأن
زيادة القيمة بعد العقد لا ترفع النقصان ، ولا يضر بعد ذلك إن كان المسمى من
الذهب أو الفضة مضروباً أو غير مضروب أو من غيرها من الأموال المتبلى أو
القيمة عقاراً أو منقولاً فيصبح تسمية الجنيهاً والقروش والدنانير والليرات
وخاتم من الذهب أو من الماس أو عقار عليه بناء أو لا أو حيوان أو غير ذلك
بشرط ألا يكون فيه جهالة فاحشة فإن وجدت فسدت التسمية .

والجهالة الفاحشة تكون بجهالة الجنس والتنوع مثل أن يسمى لها حيواناً أديتاً أو قنطاراً أو إردبياً أو ثوباً ، فإن كان معلوم الجنس والسووع صحت التسمية ولا تضر جهالة الوصف لأنها يسمرة لا تؤدي إلى النزاع كما إذا سمي لها فرساً أو ثوباً من الحرير^(١) وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة والجعفرية .

وخالف الشافعية فقالوا : إن جهالة الوصف تفسد التسمية ، فلو سمي لها قنطاراً من القطن وبين نوعه ولم يبين درجته أو ثوباً من الحرير مثلاً فإن التسمية تكون فاسدة ويجب مهر المثل قياساً على المعاوضات المالية .

ويرد الجمهور على ذلك : بأن الجهالة اليسيرة تفتقر في عقد الزواج لأنسه يتساهل فيه حيث إن المال غير مقصود فيه بخلاف المعاوضات المالية لأنها مبنية على المساومة فجهالة الوصف فيها مفضية إلى النزاع ، ولأنه لو فسدت التسمية بجهالة الوصف وجب مهر المثل ، والجهالة فيه أشد مما في مجهول الوصف .

وإذا صحت تسمية مجهول الوصف عندهم وجب الوصف من الصفات لا الأعلى ولا الأدنى ويخبر الزوج بين دفع الوصف أو القيمة ، لأن الوصف يعرف بالقيمة ، ولأن مجهول الوصف لا يثبت في الذمة ، بل الذي يثبت فيها هو القيمة ، وسيند يكون الواجب هو للوصف باعتباره مذكوراً في العقد أو القيمة باعتباره ثبوتها في الذمة .

تسمية المهر متفقة :

وكما صحت تسمية المال المتقوم المعلوم الخالي من الجهالة الفاحشة تصح تسمية

(١) راجع الفروق للتراقي ج ١ ص ١٥٠ في الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة ما يؤثر فيه الجهالات والضرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات . والبدائع ج ٢ ص ٢٧٢ .

المنافع المألومة كذلك إذا كانت مما تقوم بالمال في العقود مباحة شرعاً . كسكن دار معينة مدة محددة من الزمان أو استئجار أرض معينة كذلك ، لأن هذه المنافع إما مال كما يرى الجمهور أو ملحقة بالمال إذا كانت ضمن عقد كما يرى الحنفية .

وإذا صح جعل المهر منفعة في الأطار السابق فهل يصح أن يجعل المهر منفعة يقدمها الزوج بنفسه كان يقوم بخدمتها أو خدمة أبيها أو ذي رحم محرم منها مدة معينة .

المذكور في كتب الحنفية خلاف بين محمد والشيخين ، فيها قولان : إن هذه التسمية فاسدة ، لأن الزوجة هي التي تخدم زوجها ، وفي اشتراط خدمته لها قلب للأوضاع فتكون المنفعة مما يتعذر الوفاء به وإذا فدمت التسمية وجب مهر المثل .

وأما محمد فيذهب إلى صحة التسمية ، لأن المنفعة لها قيمة في ذاتها لكنه يتعذر الوفاء بها لما قاله الشيخان فيجب قيمتها لا مهر المثل .

ونحن إذا أمعنا النظر في تعليل المنع وجدناه لا يتحقق إلا في صورة جعل المهر خدمته لها في البت ، لأن هذه هي التي يوجد فيها قلب الأوضاع ، وكذلك خدمة أهلها البيتية ، لأن فيها مهانة له ، وأما الخدمة الخارجية التي لا مهانة فيها كالإشراف على التجارة أو الزراعة مثلاً فلا يوجد فيها شيء من ذلك ، لأن الأزواج في العادة يقومون بتصرف شؤون الزوجات المالية من غير أن تلحقهم أدنى مهانة ، كما أن الزوجة ليست مكلفة بخدمة الزوج خارج المنزل فلا يكون من قلب الأوضاع جعل مهرها خدمتها البعيدة على المنزل .

وعلى هذا تصح التسمية عند الجميع ويجب الوفاء بها إذا كانت الخدمة غير

خدمة المنزل معلومة المدة وليس فيها مهانة ولا مذلة للزوج لأنها كما يقول صاحب البدائع (١) من باب القيام بأمرها لا ومن باب الخدمة ، ويبقى الخلاف في الخدمة المنزلية أو ما فيه مهانة فيجب مهل المثل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقسيمة الخدمة عند محمد .

الجمع بين المال والمنفعة في تسمية المهر :

وكما يصح جعل المهر ما لا فقط أو منفعة وحدها يصح جعله مكوناً من المال والمنفعة إذا توفرت الشروط السابقة .

ولما كانت صور هذه الحالة تختلف باختلاف مقدار المال المسمى واختلاف المشروط له المنفعة . فقد تكون لها أو لذى رحم محرم منها أو لأجنبي عنها لهذا كله لزم تفصيل هذه الصور .

الصورة الأولى - إذا كان المال المسمى أقل من مهر مثلها والمنفعة المسماة لها أو لذى رحم محرم منها . كأن يكون مهر مثلها مائة وسمى لها سبعين واستقلال أرض معينة لها أو لأبيها أو لأخيها مثلاً ، ففي هذه الصورة يجب عليه الوفاء بالمنفعة المشروطة . فإن وفى بها فلها المال المسمى ، وإن لم يوف بها وجب لها مهر المثل لا المسمى ، لأنها لم ترض بالمسمى وحده ، بل رضيت به مع ضم المنفعة المشروطة إليه ، فإذا فوت عليها المنفعة انعدم رضاها بالمسمى فيجب مهر المثل . ولا يشترط في المنفعة المسماة هنا أن تكون مما يتقوم بالمال في العقود (٢) .

(١) ج ٢ ص ٢٧٩ .

(٢) والفرق بين الصورتين أن المهر في أحدهما لا يكون إلا مالا أو شيئاً يقرم بالمال ، فإذا كانت المنفعة هي المهر وحدها لا بد أن تكون مما تقوم بالمال لتصح التسمية . أما إذا كانت مع مال مسمى فإن مالية المهر موجودة ولا يلزم في المال المسمى أن يكون مساوياً لمهر المثل فلا داعي لاشتراط كون المنفعة مما تقوم بالمال .

كما شرط فيها إذا كانت هي المهر وحدها . بل يستوي في ذلك كل منفعة تعود عليها بالخير كاشتراط ألا يتزوج عليها أولاً يخرجها من البلد الذي تزوجها فيه أو أن يلحق أخاها بوظيفة مثلا . فإذا سمى لها أقل من مهر مثلها ومنفعة من هذه صحت التسمية وكان لها المسمى بشرط أن تكون المنفعة المشروطة مشروعة . فإن فعل ذلك ووفى بما شرطه فيها ، وإن لم يوف بالمنفعة وجب لها مهر المثل .

الصورة الثانية : إذا كان المال المسمى مساوياً لمهر المثل فإنه يجب لها المسمى سواء وفى بالمنفعة المشروطة أو لم يوف بها ، لأنها وإن لم ترض إلا بمجموع الأمرين لكن عدم رضاها بالمال وحده لا يؤثر في صحة التسمية ، لأن العدول إلى مهر المثل لا فائدة فيه لتساويها .

الصورة الثالثة : إذا كان المال المسمى أكثر من مهر مثلها وجعل هذه الزيادة في نظير منفعة تعود عليه كاشتراط وصف مرغوب فيه فيها مثل ما إذا كان مهر مثلها مائة وخمسين وسمى لها مائتين إن كان بكراً أو متعلة أو سليمة من الأمراض أو ما شابه ذلك .

ففي هذه الصورة يجب لها المسمى إن كانت كما شرطه ، وإن لم تكن كذلك وجب لها مهر مثلها ولا تلزمه الزيادة ، لأنه ما رضي بها إلا على أساس وجود الوصف المرغوب فيه ، فإذا فات الوصف فات رضاها بالزيادة فيجب مهر المثل .

الصورة الرابعة : إذا كانت المنفعة المشروطة مع المال غير مباحة شرعاً كأن يشترط إقامة حفل فيه هو محرم ، أو تشتراط أن يبيع لها الخروج إلى أماكن اللهو المحرم ، أو كانت منفعة مباحة لكنها لأجنبي عنها فإن الشرط يلغو في كل الصور وكأنه لم يكن ويجب لها المال المسمى وحده سواء كان مساوياً لمهر مثلها أو أقل منه بشرط ألا يقل عن أقل المهر المقدر شرعاً ، فإن كان أقل منه وجب تكميله لأن غير المشروع لا يجوز للمسلم أن ينتفع به فلم يكن مقابلاً بمال فكان الشرط غير داخل في المهر من المبدأ ، وإذا كانت المنفعة لأجنبي لم

تكن مقصودة للزوجة فليس لها عوض .

هذا هو حكم المنفعة المشروطة في مقابلة نقصان المهر أو زيادته وقد عرفنا أن شرطها لا يؤثر في العقد لأنه متعلق بالمهر وهو ليس ركناً ولا شرطاً في العقد بل يقتصر تأثيره على صفة المهر المسمى والعقد صحيح على كل حال .

وأما شرطها لا فهي مقابلة زيادة المهر أو نقصانه فإنه يؤثر في العقد في حالة ما إذا كان الشرط صحيحاً ولم يوف به من التزمه فإن العقد يكون غير لازم بالنسبة لمن شرطه حق جاز له فسخ العقد لأنه رضي به مشروطاً بهذا الشرط فإذا فات الوفاء به انفسد رضاه . وقد تقدم حكمها عند الكلام على اقتران الصيغة بالشرط ..

التريد في المهر بتسمية مهريين على تقديرين :

ومما يتعلق بموضوع تسمية المهر مسألة التريد فيه . وذلك بأن يسمى لها مهراً على تقدير وآخر على تقدير آخر ، وبعبارة أخرى أن يسمى لها مهراً على شرط ومهراً آخر على شرط آخر . ويستوى في ذلك كون الشرط فيه منفعة لها أو له ، مثل ما إذا تزوجها بمائتين إن كانت بكرًا ومائسة إن كانت ثيباً ، أو بتزوجها بمائة إن أقام بها في بلد أهلها ومائتين إن أقام بها في بلد آخر .

فإذا كانت التسمية بهذه الصورة اختلف أئمة الحنفية فيها على ثلاثة آراء . أرجعها رأي الصاحبين^(١) وهو أن التسميتين صحيحتان ، فأى الشرطين تحقق

(١) والثاني رأي زفر وهو فساد التسميتين فيجب لها مهر المثل في الحائض لا يتنص عن أقل المهرين لأنه رضي به ولا يزيد على أكثرهما لأنها رضيت به . والثالث رأي أبي حنيفة وهو صحة التسمية الأولى وفساد الثانية ، فلما تحقق شرطها وجب لها المهر المسمى فيها ، وإن لم تحقق وجب لها مهر المثل لا يتنص عن الأقل ولا يزيد على الأعلى .

وجب ما مماه له . فإن وجدها بكرأ كان مهرها مائتين وإن وجدها ثيباً كان مهرها مائة .

وجه هذا الرأي : إن كل حالة لها مهر واحد لا ترديد فيه وقد تراضيا عليه فلا نزاع ولا ضرر في ذلك فيجب المسمى في كل حالة ، وهذا الرأي هو المفتي به وعليه العمل في القضاء بمصر لأنه الراجح من مذهب الحنفية ، وإذا لاحظنا أن مذهب الجعفرية يوافق هذا كان المعمول به في لبنان في المحاكم السنية والجعفرية كذلك .

ما يجب في العقد الفاسد من المهر :

هذا هو المهر الواجب في العقد الصحيح ، فارة يجب المسمى إذا صحت التسمية ، وفارة يجب مهر المثل إذا لم توجد تسمية أو وجدت وكانت فاسدة ، وفارة يجب أقل المهر شرعاً وهو عشرة دراهم عند الحنفية إذا مسمى لها مالاً متقوماً أو منفعة تقوم بالمال لكنه أقل من العشرة .

وأما في العقد الفاسد فقد عرفنا أنه لا يجب فيه شيء قبل الدخول لأنه لا اعتبار له في نظر الشارع وإنما يجب المهر فيه بالدخول الحقيقي بها ، لأن الدخول بالمرأة في نظر الإسلام لا يخلو من وجوب الحد أو المهر وحيث لا حد لوجود الشبهة المسقطه له فيجب المهر .

والمهر الواجب هنا هو مهر المثل إذا لم يسم لها مهرأ أو مماه وكانت التسمية فاسدة ، فإذا كانت التسمية صحيحة وجب الأقل من المسمى ومهر المثل . فإذا كان مهر مثلها مائة والمسمى ثمانون وجب المسمى ، وإن كان العكس وجب مهر المثل .

وإنما وجب الأقل منها لأن الواجب الأصلي هو مهر المثل وقد رضيت

بالسمى في حالة زيادة مهر مثلها عما ساء ، وكأنها أسقطت حقها في الزيادة فتعامل بذلك ، وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي وهو رأي أبي حنيفة وصاحبيه وعليه الفتوى والعمل .

ويرى زفر أنه يجب مهر المثل بالفا ما بلغ في الحادثين ولا اعتبار بالسمى ، لأن فساد العقد يمرى إلى التسمية فتكون فاسدة وعند فسادها يجب مهر المثل بالاتفاق ، وقاسه على البيع الفاسد فإن المبيع فيه يملك بالقبض بإذن البائع ويجب على المشتري قيمة المبيع بالغة ما بلغت ولا يلتفت إلى الثمن فكذلك في الزواج الفاسد .

ويمكن الرد عليه من قبل أصحاب الرأي الأول : بأن وجوب المسمى عند صحة التسمية في حالة ما إذا كان أقل من مهر المثل لم يجب لأنه المسمى حتى يلزم اعتبار العقد صحيحاً ، وإنما وجب باعتبار أنه مهر المثل حسب اتفاقها أو باعتبار أنها أسقطت شيئاً من مهر مثلها والساقط لا يعود . والقياس على البيع الفاسد غير صحيح لأن البيع معاوضة مالية بخلاف الزواج فكان قياساً مع الفارق .

وقانون حقوق العائلة يسير على الرأي الأول في المادة - ٨٥ - منه ونصها : « إذا وقع الفراق بعد المقاربة في العقد الفاسد فإن سمي المهر يلزم أقل المهرين من المهر المسمى ومهر المثل وإن لم يسم أو سمي فاسداً فيلزم مهر المثل بالفا ما بلغ إلا إذا حصل الفراق قبل المقاربة فلا يلزم مهر أصلاً » .

والمذهب الجعفري يتفق مع هذا إلا أنه يشترط في مهر المثل ألا يزيد على خمسة درهم فإن زاد وجب الخمسة فقط ^(١) .

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٠ وما بعدها .

المبحث الرابع

في الزيادة في المهر والحط منه

معنى الزيادة في المهر هنا : أن يضاف إليه شيء بعد تمام العقد والاتفاق على مهر معين سواء أكان ذلك الشيء من جنس المهر المسمى أم غير جنسه .
ومعنى الحط : إنقاص جزء من المهر أو إسقاطه كله بعد الاتفاق عليه .
وظاهر أن الزيادة تكون من جانب الزوج ، والحط من جانب الزوجة ،
وكل منهما جائز لكن بشروط ، فإذا زاد الزوج شيئاً على المهر انتفعت الزيادة بأصل المهر وصارت كجزء منه فتأزمه ويطلب بها كما يطلب بالأصل ويتأكد وجوبها بما يتأكد به وجوب المهر غير أنها لا تنصف لو طلقها قبل الدخول عند الحنفية .

وتثبت لها تلك الأحكام إذا توفرت الشروط الآتية :

١ - أن يكون الزوج من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً لأن هذه الزيادة نوع من التبرع فلا تصح إلا إذا كان فاعلها من أهل التبرع .

٢ - أن تكون الزيادة معلومة كان يزيد مقداراً من المال محدداً أو عيناً مالية معينة ، فإن كانت مجهولة . كأن يقول لها : زدتك شيئاً على مهرى أو قدرأ من المال لم يحدده لا تنتفع به لأن المجهول لا يصح أن يكون محلاً للمقدو التعامل .

٣ - أن تكون الزوجية قائمة عند الزيادة ولو حكماً كما في عدة الطلاق الرجعي ، أما لو كانت الزيادة بعد الطلاق البائن فلا تمتبر ، لأن الزيادة تنتفع

بأصل المهر المسمى وتستند إلى العقد فيجب أن يكون باقياً حتى يمكن التحاقها بالمهر واستنادها إلى العقد .

٤ - أن تقبلها الزوجة إذا كانت أهلاً للقبول ، أو وليها إذا لم تكن أهلاً في المجلس ، لأنها هبة والمالك لا يثبت فيها إلا بالقبول ، فلم يردت من جانبها ارتدت حيث لا يدخل في ملك الإنسان شيء جبراً عنه إلا في الميراث .

وكما يجوز الزوج الرشيد الزيادة في المهر يجوز لولي القاصر إذا كان أباً أو جداً غير معروف بسوء الاختيار أن يزيد في مهر القاصر ، لأن له أن يزوجه بأكثر من مهر المثل ابتداء عند أبي حنيفة ، فله أن يزيد بعد التسمية ، لأن مثل هذا الولي لا يفعل ذلك إلا لمصلحة تفوق الزيادة في المهر ، ولأن عرف الناس جار بأن الهدايا تقدم من قبل الزوج وأوليائه ، فتكون هذه الزيادة كالهبة فتجوز وتصحب لازمة وتلتحق بأصل المهر .

وكما يجوز الزيادة من جانب الزوج ، يجوز الحط من قبل الزوجة وحدها إذا كانت أهلاً للتبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، ولا يجوز ذلك من وليها إذا كانت قاصرة حتى ولو كان الولي أباً أو جدها ، لأن الحط يكون بمثابة الهدية ، ولم تجر العادة بأن أهل الزوجة يقدمون الهدايا للزوج بل لو فعلوا ذلك تعمروا به .

وأبو حنيفة وإن كان يصح تزويج الولي لها بأقل من مهر المثل ابتداء لما يراه من المصلحة لكنه لا يجوز له الحط منه بعد تقررره ، لأن المهر يتعلق به عند إنشاء العقد حقوق ثلاثة : حق للشارع ، ولهذا لا يصح بأقل من عشرة دراهم ، وحق للولي الماصب ولذا كان له حق الاعتراض على تزويج البالغة العاقلة الرشيدة نفسها بأقل من مهر مثلها ، وحق للزوجة لأنها المملوكة .

وبعد تقررره يصير حقاً خالصاً للزوجة . فحقها ثابت في الابتداء والبقاء وحق غيرها ثابت في الابتداء فقط .

ومن هذا يتبين أنه لا يملك الحط من المهر بعد تقررره إلا الزوجة صاحبة الحق فيه في البقاء ، لأنه إن وجد المسوغ للنقص في الابتداء فلم يوجد بعده بل وجد المانع منه .

والحط منه يصح بشروط :

١ - أن تكون من أهل التبوع وهي الرشيدة كما قلنا .

٢ - أن يقبله الزوج في المجلس إذا كان المهر مالا من الأعيان كبيت معين أو حيوان معين ، لأن حطها يكون هبة والهبة لا بد فيها من القبول ، فإذا لم يقبل الزوج صراحة لا يسقط حطها فيه ، بل يبقى هذا القدر أمانة عنده تأخذه متى شامت ، فإذا هلك ذلك الجزء عند الزوج لا يكون مضمونا عليه ، لأن الأبراء منها لا يفيد التمليك في الأعيان ، فيحمل على نفى الضمان كما صرح بذلك ابن عابدين في رد المختار بخلاف باقي المهر فإنه مضمون عليه حتى تقبضه .

وأما إذا كان المهر ديناً في الذمة ك مبلغ من المال أو الأشياء التي تثبت في الذمة فلا يشترط حطه عنه قبوله ، بل يشترط عدم رده ، لأن الحط هنا إبراء للذمة من بعض ما ثبت فيها وهو إسقاط لا يحتاج إلى القبول بل يرتد بالرد .

وإنما شرط عدم الرد هنا لأن الأبراء منته ، ومن الناس من لا يحتمل المنة من الغير خصوصاً في مهر الزوجة . وإذا تم الحط بالهبة أو بالإبراء أصبح المهر هو الباقي لا يحق لها المطالبة إلا به لكن مع ملاحظة أن يكون حطها بمحض اختيارها لا يشوهه أي نوع من الإكراه ويجب التحري عند إثباته .

ومما يجب ملاحظته هنا أيضاً أن الزيادة في المهر والحط منه إذا كانت في مرض الموت اعتبر وصية تطبق عليها أحكام الوصية ، فمذهب الحنفية يعتبرها موقوفة كلها على إجازة الورثة لأنها وصية للوارث ، وهو المطبق في المحاكم

السنة في لبنان حيث لم يعرض له القانون صراحة وإن كان أشار إليها في التزوج بأكثر من مهر المثل في مرض الموت .

أما المحاكم الجعفرية فإنها تطبق مذهبهم الذي يصحح الوصية للوارث والأجنبي على حد سواء في حدود الثلث ، والذي يوقف على إجازة الورثة هو ما زاد من ذلك على ثلث التركة ، والعمل في مصر يجري على ذلك أيضاً حيث إن قانون الوصية أخذ بهذا الرأي في الوصية للوارث .

المبحث الخامس

في تعجيل المهر وتأجيله

لما كان المهر حكماً من أحكام العقد الصحيح فإنه يجب بتمام العقد ديناً في ذمة الزوج عند الحنفية والجعفرية ومن وافقهم يجب أدائه للزوجة عند طلبها ، ولها أن تمتنع عن الدخول في طاعته إذا لم يؤده لها بعد الطلب ، وإذا كان أدائه متوقفاً على طلب الزوجة فلا يلزم أن يكون حالاً وقت العقد بل يجوز تأجيله كله أو بعضه إذا اتفق الزوجان على ذلك .

وبهذا صرحت المادة - ٨١ - من قانون حقوق العائلة ونصها : « يجوز تعجيل وتأجيل المهر المسمى تماماً أو قسماً منه » . فإذا اتفق الزوجان على تعجيله كله أو تأجيله كله أو بعضه إلى أجل معلوم قريباً أو بعيداً أصبح ذلك ، وإن كان الأجل مجهولاً لا يصح التأجيل ويجب تعجيله إلا إذا كان التأجيل إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة فإنهما وإن كانا مجهولين إلا أن الناس تعارفوا التأجيل إليها فتنتفي الجباله المخفية إلى النزاع .

وعلى هذا إذا اتفق الزوجان على شيء من ذلك عمل به وإن كان هناك

عرف بخلافه لأن الاتفاق من قبيل الصريح والعرف من قبيل الدلالة ، وإذا تعارض الصريح والدلالة يقدم الصريح ، على أن من شروط العمل بالعرف ألا يكون تصريح بخلافه .

وإذا لم يوجد اتفاق بينها على شيء من التعجيل والتأجيل حكم عرف البلدة التي جرى فيها المقد لأن سكوتها عن التصريح دليل على قبولها تحكم العرف القائم وقت المقد ، وإن لم يكن عرف وجب تقديم المهر كله ، لأن الأصل أنه يجب بتمام المقد ولا يؤجل إلا بشرط صريح أو عرف قائم ، فإذا كان المهر عاجلاً كله أو بعضه فإن قبضته الزوجة وجب عليها الانتقال إلى بيت الزوج والدخول في طاعته بمجرد طلبه ، فإن امتنعت عن ذلك كانت فاشزة وأجبرت على تسليم نفسها إلا إذا كان هناك ما يحول دون ذلك كالمرض ونحوه .

وإن لم يوف لها ذلك المجل كان لها الامتناع سواء كان الزوج موسراً أو معسراً ولا يعد هذا نشوزاً منها لأن امتناعها بحق شرعي . فإن سمحت له في هذه الحالة بالدخول أو الخلوة الصحيحة بها قبل يعد ذلك إسقاطاً لحقها في الطلب العاجل ومنع نفسها منه في أي وقت أولاً ؟

يرى أبو حنيفة أن هذا لا يسقط حقها فلها أن تمتنع منه لأن رضاها بالدخول أو الخلوة قبل قبض مفضل المهر إسقاط لحقها في منع نفسها في الماضي لا في المستقبل لأن منافع الزواج مستمرة ولا تستوفي دفعة واحدة لاحتمال أن تكون فعلت ذلك لحل الزوج على دفع المهر فلما لم يفعل رجع حقها في المنع إليها .

ونظير ذلك ما إذا رضيت بمباشرة زوجها فترة من الزمن بدون اتفاق عليها فإن ذلك لا يكون إسقاطاً لحقها في طلب الاتفاق عليها في المستقبل ، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب الحنفية .

ويرى أبو يوسف ومحمد أنه لا حق لها في المنع لأنها لما رضيت بالدخول أو

الخلوة قبل أن تقبض معجل صداقها فقد سلت جميع العقود عليه، ولهذا يتأكد جميع المهر بالخالطة مرة واحدة، فكانت مسقطه لحقها في طلبه قبل الدخول فيسقط حقها في الامتناع، فلو امتنعت لم يجب لها نفقة لأنها تعتبر فاشزة وهو قول مالك والشافعي .

والجعفرية في هذا رأيان : أشهرهما أنه لا حق لها في المنع ك رأيي الصاحبين لأن الاستمتاع حق للزوج بمجرد العقد سواء دفع المهر أو لا ، ولأن حقها قد سقط برضاها ولا دليل على عودته ^(١) .

وعلى هذا يكون العمل في مصر على الرأي الأول باعتباره الراجح في المذهب الحنفي .

وكذلك في المحاكم السنية في لبنان ، لأن قانون العائلة لم يعرض لهذه المسألة . أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري .

وإذا عجز الزوج عن دفع معجل المصداق، فهل يقتصر أثره على منع الزوجة نفسها من الزوج وعدم طاعته ، أو يتمدى ذلك إلى ثبوت الحق لها في طلب فسخ الزواج ؟

في ذلك رأيان : رأي بأنه لا يتمدى إلى طلب الفسخ بأي حال، وإليه ذهب الحنفية والجعفرية ^(٢) والحنابلة في أصح الروايات عندهم .

وأخربأن لها الحق في ذلك وبه يقول المالكية والشافعية والحنابلة ، في إحدى الروايات عندهم . غير أن منهم من جعل لها هذا الحق مطلقاً سواء دخل

(١) شرائع الإسلام ج ٣ ص ٢٤ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٦ نقلاً عن صاحب الجواهر .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٧ .

بها أو لم يدخل ، ومنهم من قيد هذا الحق بما قبل الدخول ، أما بعده فلا يجوز لها هذا الطلب ولو فعلت لم تجب إلى ذلك .

ولعل هذا الرأي الأخير أعدل الآراء .

وإذا اتفقا على تأجيل المهر كله إلى أجل متعدد صح ذلك للتأجيل ، ويجب على الزوج أدائه عند حلول الأجل المعين ، فإذا طلقها قبل حلول الأجل فليس لها حق المطالبة حتى يحل الأجل ، وإن مات قبل حلول الأجل فلها حق مطالبة الورثة بعد الموت دون انتظار الأجل ، لأن التأجيل حق لا يورث .

وإذا لم يميننا أجلا أو ذكرنا أجلا مجهولا جهالة فاحشة بطل التأجيل ، ولو أجلا نصفه من غير تعيين الأجل ، فيمض الفقهاء يرى أن التأجيل باطل فيجب تصحيحه ، ومنهم من يرى أن التأجيل صحيح ، ويعتبر مؤجلا إلى الطلاق أو وفاة أحد الزوجين ، لأن أحدهما آت لا محالة فيؤجل إلى أقربها ما دام الزوجان قد ارتضيا التأجيل ^(١) .

وقد نص قانون حقوق العائلة على ذلك في المادة - ٨٢ - ونصها :

« إذا أجل المهر لمدة معينة فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل ولو وقع الطلاق بينها ، أما إذا توفي الزوج فيسقط الأجل ، وإذا لم تعين مدة يمد مؤجلا لوقوع الطلاق أو لوفاة أحد الزوجين » .

والجعفرية يجوزون لها المطالبة قبل الأجل ، لأن التأجيل مجرد وعد يستحب الوفاء به ^(٢) .

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٨٨ وقد رجح الرأي الثاني بقوله : وقد روي عن أبي يوسف ما يؤيد هذا القول فليراجع .

(٢) فقه الإمام بسطير ج ٥ ص ٢٨٣ .

بقي أنبئي حالة تأجيل المهر إلى أجل معين: هل يؤثر ذلك في طاعة الزوجة لزوجها أو لا ؟ .

والسألة فيها تفصيل بين ما إذا شرط الزوج الدخول قبل حلول الأجل ورضيت الزوجة ، وبين ما لم يشترط ذلك . فإن شرطه فقد اتفق أئمة الحنفية على أنه لا حق لها في الامتناع لأنها برضاها بالشرط أسقطت حقها فيه .

أما إذا لم يشترط ذلك فأبو حنيفة وعمره ينهان إلى أنه لا حق لها في الامتناع لأنها لا رضيت بتأجيل المهر فقد رضيت بتسلم نفسها قبل قبضه وهو إسقاط لحقها في تعجيله ، ولم يوجد من الزوج ما يدل على إسقاط حقه في الاستمتاع بزوجه الثابت له بمجرد العقد الصحيح ، وهذا يقول الإمام أحمد بن حنبل ^(١) .

ويرى أبو يوسف أن للزوجة أن تمنع نفسها حتى يمين الوقت الذي أجل إليه المهر ، لأن الزوج لا طلب تأجيل المهر كله فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع وتأخير حقوقه الثابتة له بالعقد ، لأن حكم المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال ^(٢) .

وأجيب على ذلك بأن المهر حكمه التقديم إذا كان معجلاً أو مسكوتاً عن الوقت ، فأما إذا كان مؤجلاً تأجيلاً صحيحاً فمن حكمه أن يتأخر تسليمه عن تسليم النفس .

(١) اللقي ج ٦ ص ٧٣٨ الطبعة المبردة من الشرح الكبير .

(٢) البدائع ج ٢ ص ٧٨٨ وقد أفتى بعض فقهاء الحنفية بقول أبي يوسف استصحاباً .

المبحث السادس

في مؤكدات المهر :

قدعنا أن عقد الزواج إذا كانت صحيحاً يوجب المهر ، وأن العقد الفاسد لا يوجب إلا إذا لحقه دخول حقيقي بالمرأة ، فإذا دخل بها وجب المهر كاملاً سواء كان مهر المثل عند عدم التسمية الصحيحة أو الأقل منه ومن المسمى عند وجودها على الرأي الراجح عند الحنفية ، ومثله في ذلك الدخول بها بشبهة ، كأن تزوج امرأة لم يرها عند العقد ثم زفت إليه امرأة غيرها وقيل له إنها زوجتك فدخل بها بناء على هذا القول ثم تبين له أنها غيرها فإنه يجب عليه مهر مثلها ، لأنه في كلتا صورتين استوفى المتعة بالمرأة بدخوله بها ، فيتقرر عليه مهرها ولا تبرأ ذمته منه إلا بالأداء أو الإبراء .

أما المهر الذي وجب بالعقد الصحيح فإن وجوبه غير مستقر ، لأنه عرضة لأن يسقط كله أو نصفه ^(١) حتى يوجد ما يؤكده ، فإذا وجد ذلك المؤكد استقر وجوبه ولا تبرأ ذمته إلا بالأداء أو الإبراء .

والمؤكدات للمهر أمور اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا في البعض الآخر . فاتفقوا على أنه يتأكد بأحد أمرين .

أولهما : الدخول الحقيقي بالزوجة ، لأن الزوج بدخوله بزوجته يستوفي حقه منها فيتقرر حقها كاملاً في المهر سواء كان مسمى وقت العقد أو قدر بعده

(١) فيسقط كله إذا علمت الزوجة عملاً يوجب الفقرة بينهما ، كما إذا ارتدت عن الإسلام أو فعلت ما يوجب حرمة الصلوة ، فإن صدقتها يسقط كله قبل الدخول ، لأن الفقرة وقت سببها ، ويسقط نصفه إذا طلقها قبل الدخول أو كانت الفقرة بسبب من جانبه كرده أو فعله ما يوجب حرمة الصلوة عند الحنفية .

بالتراضي بينها أو بقضاء القاضي أو لم يكن مسمى ووجب مهر المثل بقيت الزوجية أو حصلت الفقرة بينها ، وإذا تقرر حقها في المهر كاملاً فلا تبرأ دتمه إلا بأدائه لها أو أبرائها له منه .

غير أنه يشترط في ذلك الدخول الموجب لكل المهر أن يكون واقعاً من بالغ ، وأن تكون المرأة سالحة للمخالطة الجنسية ، فإن كانا صغيرين لا يتقرر بدخولهما كل المهر عند الحنفية والمالكية ^(١) ولا يشترط في الدخول أن يكون حلالاً ، بل إن حصوله مع وجود المانع الشرعي كالحيض أو النفاس أو ككون أحدهما صائماً مثلاً يتأكد به المهر .

ثانيهما : موت أحد الزوجين باتفاق المذاهب الأربعة ، وإن قصره المالكية على المهر المسمى حيث لا يوجبون لها شيئاً عند عدم التسمية ، وهو أحد الآراء عند الجعفرية ^(٢) .

وموت أحد الزوجين يوجب المهر كله قبل الدخول أو الحلاوة بالزوجة حتى ولو كانا صغيرين أو أحدهما . وإنما وجب المهر كله بالموت لأنه وجب بالمقد وكان عرضة للسقوط بالفسخ من أحد الجانبين وبالموت تعذر الفسخ لانتهاء العقد به حيث إن الزواج للمعمر وقد انتهى المعمر بالموت فينتهي الزواج به ، والشيء تقرر أحكامه الممكنة بانتهائه ، والمهر حكم من أحكامه التي يمكن تقريرها بالموت .

ولأن المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً في ذمة الزوج ، والديون لا تسقط

(١) خالف الشافعية في هذا الشرط .

(٢) ولم رأيان آخران أحدهما : أن لها نصف المسمى في الحالتين موت الزوج أو الزوجة . ثانيهما : التفصيل بين موت الزوج فيجب لها كل المهر ، وبين موت الزوجة فيجب لها النصف ، وإن كان بعضهم قد رجح القول بالتنصيف في الحالتين لصحة الروايات الدالة عليه ، وهذا الخلاف فيما إذا كان المهر مسمى ، أما إذا لم يكن مسمى فلا شيء لها وعليها العدة ولها الليراث . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٩ .

بالموت فلا يسقط به المهر ، وإذا تقرر المهر فإن كانت الزوجة أخذت جزءاً منه قبل موت الزوج تقرر لها الباقي في تركته ، وإذا لم تكن أخذت منه شيئاً أخذته كله من تركه الزوج .

وإذا كانت الزوجة هي التي ماتت أخذ ورثتها المهر كله أو باقيه من الزوج بعد خصم نصيبه منه لأنه يرثها فيما تركته ومنه المهر الذي لم تقبضه .

ثم إنهم بعد ذلك متفقون على أن موت أحد الزوجين مؤكد لكل المهر إذا كان الموت طبيعياً أو يقتل أجنبي ، أو كان بفعل الزوج بأن قتل نفسه أو قتل زوجته ، واختلقوا فيما إذا قتلت نفسها أو قتلت زوجها عدماً .

فإذا قتلت نفسها قبل الدخول بها ، فيرى زفر أنها لا تستحق شيئاً من المهر ، لأنها ارتكبت جناية فوَّتت بها على الزوج حقه في الدخول بها ، فيسقط حقها في المهر قياساً على ما إذا ارتدت عن الإسلام قبل الدخول أو الحلقه بها .

ويرى الجمهور أنه لا يسقط مهرها بذلك للقتل ، لأن حق ورثتها تملق بما لها ومنه المهر عند زهوق روحها فلا يسقط بفعلها ، لأن الشخص لا يملك إسقاط حق غيره .

والقياس على الردة قياس مع الفارق ، لأنه في حالة الردة لم يملق حق الورثة به فيسقط بخلاف حالة القتل فإن حقهم تملق به فلا يسقط حق الغير .

وإذا قتلت زوجها عدماً فيرى زفر والشافعية أنها لا تستحق صداقها لأنها أنهت الزواج بمصية فوَّتت بها على الزوج حقه ، وأنهاء الزواج بهذه الصورة من قبلها يسقط المهر متى كان قبل الدخول ، كما إذا ارتدت بعد العقد وقبل الدخول .

والمالكية في ظاهرها منهمهم يوافقونهم في الجملة ، حيث إنهم منعوا تكميل المهر لتلا يكون ذلك ذريعة لقتل النساء أزواجهن فتعامل بتقيض مقصودهما .

وهي المخرقة ومعهم الحنابلة ينهبون إلى أن المهر لا يسقط بهذا القتل بل يتأكد المهر كله به ، لأن القتل وإن كان جناية منها فله عقوبة مقررة وهي القصاص . فلو قلنا بسقوط مهرها لأوجبنا عليها عقوبة زائدة لم تقرر شرعاً وهو غير جائز ، ولأن المهر في تلك الحالة للورثة لا لها فلا يحتمل السقوط بفعلها كما إذا قتلها زوجها .

ومن يتأمل تلك الآراء يرى أن أرجحها هو الرأي الأول والعمل به أصلح للمجتمع ، إذ كيف تأخذ المهر كاملاً أو نصفه مع قتلها لزوجها عمداً وكونه لورثتها لا يؤثر لأنه يثبت لها أولاً ثم ينتقل إليهم بعد القصاص .

هذا والعمل في مصر ولبنان يجري على خلاف ذلك ، حيث يعمل بالراجح من مذهب الحنفية أو بذهب الجعفرية وهو لا يفرق بين قتلها وقتله على الرأي الراجح عندهم .

هذان الأمران اللذان يتأكد بهما المهر كله بالاتفاق بين الفقهاء جميعاً في الأول ، وباتفاق المذاهب الأربعة في الثاني .

وقد اختلفوا في تأكده بالخلوة بعد العقد الصحيح .

ينذهب المالكية والشافعية والجعفرية في المشهور عندهم ^(١) ، إلى أنها لا تقوم مقام الدخول في تأكيد المهر ، فإذا طلقها بعد الخلوة وجب لها نصف المهر المسمى . فإن لم يكن مسمى لها مهرأ وجبت لها المنة .

غير أن المالكية قالوا : لو أقامت معه في بيته سنة ، وكان بالفا وهي تطيق الخلطة ولم يفعل شيئاً يجب كل المهر لو انقضى العقد بعد ذلك ^(٢) .

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٥ وفقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٩٢ .

(٢) للشرح الكبير بمشاية الدرر ج ٢ ص ٣٠٠ .

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الخلوة بالزوجة يتأكد بها المهر كله، وتسمى
عندهم بالدخول الحكمي .

غير أن الحنفية يشترطون في الخلوة أن تكون صحيحة ، وأما الحنابلة
فلا يشترطون ذلك بدليل أنهم قالوا : لو لحسها أو قبلها بشهوة ولو بحضور الناس
تأكد لها كل المهر ولا يسقط ، ومثل ذلك لو نظر إلى ما لا يحل لغيره النظر إليه
بشهوة ، بل زادوا على ذلك وجعلوا الخلوة في الزواج الفاسد موجبة للمهر في
إحدى الروايتين (١٣) ، وسنبين حد الخلوة الصحيحة عند الحنفية بعد سوق الأدلة
للرايين .

الأدلة :

استدل الأولون على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل
أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة / ٢٣٧ ، فقد أوجب
نصف المهر المطلقة قبل المسيس في زواج فيه تسمية ولم يفصل بين حال وجود
الخلوة وعدمها ، وهذه طلقها قبل المسيس فلا تستحق المهر كاملاً .

وقوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن
فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ، فقد أوجب المتعة في
الطلاق بعد زواج لا تسمية فيه من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها .

ثم أيّدوا ذلك بقوله تعالى : « وإن اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم
إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإغساً مبيناً وكيف
تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » النساء / ٢٠ / ٢١ .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١٢١ والمفتي ج ٦ ص ٧٢٧ لكنه صرح بأن
الرواية الأخرى وهي عدم الرجوع بها أولى .

فإن هذه الآية نهت الأزواج عن أن يأخذوا من المهر شيئاً عند الطلاق بعد الدخول بالمرأة دخولاً حقيقياً ، لأنه عبر عنه بالأفشاء وهو الجماع ، وهذا يفيد أنها لا تستحق المهر كله عند المفارقة بالطلاق إلا بعد الدخول ، فيبقى ما وراء ذلك داخل تحت الآية الأولى ، والمطلقة بعد الخوة فقط مطلقة قبل أن تمس فأشبهت من لم يخل بها .

واستدل المجربون لتمام المهر ، بأن الزوجة يجب لها المهر كله بالدخول الحقيقي وفي الخوة قد مكنت زوجها من نفسها ليستوفي حقه ولم يمنعه مانع من ذلك ، فإن قصر الزوج في استيفاء حقه لا يتمدى تقصيره إلى حقها لأنها لا تؤاخذ به بتقصيره .

وهذا نظير ما إذا سلم المأجر العين المؤجرة للمستأجر فإنه يستحق الأجرة سواء استوفى المستأجر المنفعة بالفعل أو لا .

وقد روى الإمام أحمد^(١) عن زرارة بن أبي أوفى قال : « قضى الخلفاء الراشدون المبهين أن من أغلق باباً أو أرضى سراً فقد وجب المهر ووجبت العدة » كما روي ذلك عن زيد بن ثابت وابن عمر ، ومثل هذه القضايا اشتهرت ولم ينكر عليهم أحد فيكون ذلك حكماً المقرر .

وأما ما استدلل به المخالفون من قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ، وقوله : « ما لم تمسوهن » في الآية الثانية فيحتمل أنه كنى بالسبب عن السبب الذي هو الخوة بدليل قمل الصحابة .

وأما قوله تعالى : « وقد أفضى بعضكم إلى بعض » فليس الأفشاء نصاً في

(١) المتن لابن قدامة ج ٦ ص ٧٢٤ و ص ٧٢٥ .

الدخول الحقيقي ، لأنه حكى عن الفراء^(١) وهو حجة في اللغة أنه قال : «الأفضاء الخلو دخل بها أو لم يدخل » وهذا صحيح كما يقول ابن قدامة والكاساني ، لأن الأفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء ولا حاجز عن إدراك ما فيه ، وهذا يتبين أن الخلو الصحيحة تشترك للدخول الحقيقي في تأكيد المهر .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة حيث تقول المادة - ٨٣ - : « إذا سمى المهر في العقد الصحيح وتوفي أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم المهر المسمى تماماً » .

والمادة - ٨٤ - تقول : « إذا لم يسم المهر في العقد الصحيح ، أو سمى وكانت التسمية فاسدة ثم توفي أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم مهر المثل » .

فكلمة الاجتماع الصحيح في المادتين يراد بها الخلو الصحيحة وليس المراد منها الدخول ، لأن هذا القانون في أكثر من مادة يعبر عن الدخول بلفظ المقاربة . وإذا وجب تمام المهر بالخلو الصحيحة وجب بالدخول « المقاربة » من باب أولى . فهو في هذا يتفق مع مذهب الحنفية .

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٩٢ .

المبحث السابع

في الخاتمة الصحيحة وأحكامها :

وحد الخاتمة الصحيحة عند الحنفية أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يأمنان فيه من دخول أحد عليهما بدون إذنها أو بطلع عليها ، وليس هناك مانع يمنعها من المخالطة الجنسية ، فإذا لم يكن المكان آمناً لا تكون صحيحة ، وإن كان آمناً ووجد المانع لا تكون صحيحة أيضاً .

والموانع - كاعتداء الفقهاء - ثلاثة أنواع : حقيقي ، شرعي ، وطبعي .
فالحقيقي ويسميه بعض الفقهاء بالحسي كالمرض الذي يحول بينها وبين التمتع الكامل ، والعيوب الخلقية للمرأة كالقرن والرتق^(١) ، والصغر بأن يكون أحدهما صغيراً لا يمكن الاختلاط من مثله .

والشرعي : كأن يكون أحدهما سائماً في رمضان ، أو محرماً بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة^(٢) ، أو تكون المرأة حائضاً أو نفساء فكل ذلك مانع شرعاً ، لأن المخالطة الجنسية محرمة فيها شرعاً ، وفي الحيض والنفاس مانع طبعاً لأنه أذى والطبع ينفر عن استعمال الأذى .

والمانع الطبيعي : كأن يكون ممهاً ثلث عاقل ولو كان صغيراً يستطيع

(١) الأول عظم في المصنف للتسلي في المرأة ، والثاني التحام فيه ، أما العيب بالرجل فلا يمنع من الخاتمة الصحيحة كاللثة والحصاة باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه . والجلب كذلك غير مانع عند أبي حنيفة لتصور المسح منه والأيلاد . البدائع ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٢) والمخالطة الجنسية فوق أنها محرمة شرعاً تفيد الصوم والحج والعمرة ، وأقسامها يوجب القضاء في الكل والكفارة في الصوم ، وهي أمور شقة تمنع الشخص من الإقدام على ما يفعله .

التعبير عما وقع بينها^(١) لأن الإنسان يكره أن يقرب امرأته بحضرة ثالث ويستحي فينقبض عنه، وهذا تقسيم اعتباري، ولهذا سمي بعض الفقهاء هذا المانع بالحسي لأن الشخص الثالث محسوس.

فإذا صحت الخلوة تأكد بها المهر. فلو طلقها بعد ذلك أو انفسخ العقد بسبب من أسباب الفسخ ولو من جانبها وجب لها المهر كله متى كانت العقد صحيحة.

ولا تعتبر هذه الخلوة بعد الزواج الفاسد، لأن المخالطة الجنسية فيه حرام، فكان المانع الشرعي قائماً، ولأن الخلوة تؤكد المهر بعد وجوبه بالعقد، والعقد الفاسد لا يوجب المهر فلا يتصور تأكيد شيء لم يوجد.

وإذا كانت الخلوة الصحيحة يتأكد بها المهر بالدخول الحقيقي فهي لا تأخذ حكمة في كل شيء، بل تتفق معه في بعض الأحكام وتحالفه في بعضها الآخر، وإليك البيان لمواضع التوافق والتخالف:

الأحكام التي يشتركان فيها.

تشترك الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقي فيما يلي:

١ - تأكيد المهر كله للزوجة كما سبق بيانه.

٢ - وجوب العدة على الزوجة إذا وقعت الفقرة بعد الخلوة الصحيحة^(٢)

(١) أما إذا كان معها صغير لا يميز أو مجنون أو مقيم عليه فلا يمنع الخلوة (واختار الكمال بن الهمام أن وجود المجنون يمنع صحة الخلوة وهو اختيار وجيه).

(٢) أما الخلوة الفاسدة فتجب بها العدة احتياطاً مع وجود المانع الشرعي لأن الدخول الحقيقي يمكن معه في ذاته بل مع وجود المانع الطبيعي وهو وجود شخص ثالث كما يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٩٤ والعدة يحتاط في إثباتها ولم يجب بها المهر كله لأن الأمزال لا تجب بالشك.

كما تجب به بعد الدخول ، لكن يلاحظ أنهما وإن اتفقا في وجوب العدة إلا أن وجوبها بالدخول وجوب ظاهراً وباطناً ، أي قضاء وديانة لأنها حق الشاوع وحق الولد الذي قد يأتي ثمرة لهذا الدخول . فيحرم عليها التزوج قبل انقضاءها ، أما في حالة الخلو فوجوبها إنما هو في الظاهر فقط ، أي في نظر القضاء . فالرفع الأمر إلى القاضي وجب عليه الحكم بوجوبها على المحتلي بها ، لكن المرأة إذا كانت متيقنة بعدم مخالطة زوجها لها أثناء الخلو فإنه يحل لها ديانة . أي بينها وبين الله أن تتزوج من غير أن تمتد بعد ذلك الطلاق ، لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة فلا يوجب العدة . كما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية ، وإذا وجبت العدة على الزوجة بالفرقة بعد الخلو الصحيحة تربت عليها أحكام العدة وهي :

١ - وجوب النفقة بأنواعها التي تثبت لكل معتدة .

٢ - حرمة التزوج بامرأة أخرى تكون محرماً للمعتدة ما دامت في عدتها ، لأنه يكون جامعاً بين محرمين .

٣ - يحرم عليه التزوج بخامسة ما دامت العدة قائمة إذا كان له ثلاث زوجات غير تلك المطلقة ، لأنه يكون جامعاً لأكثر من أربع زوجات .

بقي حكم أخير تشترك فيه الخلو والدخول بالزوجة وهو ثبوت نسب الولد من الزوج إذا توافرت شروط ثبوت النسب ، كما يثبت نسبه منه بعد الدخول .

وهذا في الواقع ليس حكماً للخلو ولا للدخول ، بل هو حكم لمقد الزواج الصحيح وإن لم يعقبه دخول ولا خلو كما يذهب إليه الحنفية ^(١) احتياطاً

(١) ويمكن تصور جعل ثبوت النسب حكماً للخلو كالدخل فيها إذا طلقها بعده وأنت ولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الطلاق فإن نسب الولد يثبت منه كما لو طلقها بعد الدخول وأنت بالولد في تلك المدة فإنه يثبت نسبه . أما إذا طلقها قبل الخلوة أو الدخول فإنه لا يثبت نسبه إلا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق .

منهم وحرصاً على عدم ضياع الولد .

الأحكام التي يختلفان فيها :

تختلف الخلوة عن الدخول في الأحكام الآتية :

١ - حرمة بنات الزوجة تكون بالدخول الحقيقي بها ، أما مجرد الخلوة الصحيحة فلا يترتب عليها حرمة البنات ، فلو تزوج رجل امرأة ودخل بها ثم طلقها فإنه يحرم عليه التزوج بإحدى بناتها بعد ذلك ، أما لو طلقها بعد الخلوة بها فحل له التزوج بإحدى بناتها ، لأن القرآن علق تحريم الرائب على الدخول .
« وربابكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » .

١ - إحلل المطلق ثلاثاً لطلقها ، فلو طلق الرجل زوجته ثلاثاً فإنها لا تحل له بعد ذلك حتى تتزوج زوجاً آخر ، فإذا تزوجها الثاني ودخل بها دخول حقيقياً ثم طلقها وانقضت عدتها حلت لأول ، أما لو طلقها بعد الخلوة الصحيحة فلا تحل له لحديث « لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » ، وهو كتابة عن الدخول الحقيقي فبقى ما دونه على التحريم .

٣ - الطلاق الواقع بعد أحدهما فإنه بعد الدخول الحقيقي يكون رجبياً وبائناً ، أما بعد الخلوة الصحيحة فإنه لا يكون إلا بائناً على أي صورة وقع من الزوج ، ويترتب على ذلك أن المطلق بعد الدخول يستطيع مراجعة زوجته بدون عقد جديد إذا كان طلاقه السابق رجبياً ، أما المطلق بمسد الخلوة فلا يستطيع إرجاعها إلا بمقد جديد .

٤ - إن الدخول بها تزوج تبيات من أنه لا بد في تحقق رضاها من أذنها الصريح ، أما المختل بها فقط فتزوج زواج الأبقار لأنها لا زالت بكراً فيكتفي في رضاها بمجرد السكوت .

٥ - الميراث ، إذا طلق الرجل امرأته بعد الخلوة الصحيحة ومات أحدهما في أثناء المدة فلا يرث أحدهما الآخر ، لأن الطلاق بعدها يكون بائناً على أي شكل وقع ، ولا يرث في عدة البائن . يستوي في ذلك أن يكون طلاقاً فراراً من الميراث وهو الطلاق في مرض الموت من غير رضاها أو لم يكن كذلك . أما إذا طلقها بعد الدخول ومات أحدهما في المدة ، فإنه يرث أحدهما الآخر إذا كان الطلاق رجعياً ، بل إنه يثبت للزوجة في عدة الطلاق البائن إذا كان الطلاق في مرض موته ، لأنه يعتبر فاراً من ميراثها فيعامل بنقيض مقصوده .

· فالفرق بينهما فيما إذا كان الطلاق بائناً قصديه الفرار من الميراث ، والميراث لا يثبت إلا بيقين بوجود سببه لأنه حق مالي لا يثبت احتياطاً .

٦ - الأحصان . فإن الدخول يجعل كلا من الزوج والزوجة محصنين بحيث تطبق عليهما عقوبة الرجم في الزنى ، أما الخلوة الصحيحة فلا تجعلهما محصنين فتطبق عليهما عقوبة الجلد عند الزنى إن لم يكن سبق لهما زواج ودخول .

الاختلاف في حصول الخلوة :

إذا اتفق الرجل والمرأة بعد الطلاق قبل الدخول على أنه حصل بعد الخلوة الصحيحة ثبتت أحكامها السابقة ، وإن اختلفا في ذلك فقالت المرأة : إنه حصل بعد الخلوة فتستحق كل المهر ، وقال الرجل : إنه حصل قبل الخلوة فلا تستحق إلا نصف المهر كان على المرأة البينة لإثبات دعواها ، لأنها تدعى خلاف الأصل إذ الأصل عدم الخلوة لأنها طارئة عليه ، وعلى من يدعى خلاف الأصل إثبات مدعاه . فإن أقامت البينة كان لها المهر كله ، وإن عجزت عن إقامتها لم يبق إلا اليمين من حلفه صدق وحكم بمقتضى قوله . ولكن لأي منهما يوجه اليمين ؟

كتب الفقه الحنفي تذكر في المسألة قولين :

أولهما : أنه يوجه اليمين إلى الرجل ، فإن حلف أنه طلقها قبل الخلوة قضى بقوله ، فلا تستحق إلا نصف المهر إن كان مسمى ، فإن لم يكن مسمى تسمية صحيحة استحققت المنة . وسيأتي بيانها .

وثانيهما : إن اليمين توجه إلى المرأة ، فإذا حلفت على ما تدعيه وهو أن الطلاق كان بعد الخلوة الصحيحة استحققت كل المهر المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى .

ونحن إذا طبقنا القاعدة القائلة « البيئة على المدعي واليمين على من أنكر » وعرفنا أن الخلاف هنا بين الرجل والمرأة في وجود المؤكد للمهر وهو الخلوة ، وإن المرأة تدعى وجودها ولذلك طالبناها بالبيئة ، والرجل ينكرها ولذلك قلنا لا بيئة عليه لأنه يتعمك بالأصل . إذا فعلنا ذلك انتهينا إلى أن اليمين توجه للرجل ويكون القول قوله إذا حلف ، لأن المرأة التي تدعي خلاف الأصل عجزت عن البيئة ، فيكون هو الراجح لمرافقته للقاعدة ، وأما ترجيح ابن عابدين القول الثاني وهو أنه يوجه اليمين إلى الزوجة ، ويكون القول قولها مع يمينها وتصويره لها بأنها منكورة لا ينصف المهر وهو الطلاق قبل الدخول والخلوة لأن المهر كله ثبت بالمقد والتنصيف له عارض وهي تنكره . هذا الترجيح بناء على هذا التصور غير مسلم ، لأنه يترتب عليه أن تكون المرأة مدعية ومنكورة في آن واحد والرجل لا يكون له صفة في هذا النزاع مع أث كل نزاع غالباً يقوم على ادعاء من طرف وإنكار من الطرف الآخر .

وإذا جعلناها منكورة للعارض وهو يدعيه فلم نلزمه بالبيئة على دعواه من أول الأمر ؟

فذلك هي الأسباب التي يتقرر بها المهر كله عند الحنفية .

وزاد بعضهم سبباً رابعاً . وهو أن يزيل بكارتها بغير الطريق المعتاد ، كان

يزيلها بأصبع أو نحوه . ولكن هذا لا يعتبر سبباً مفارقاً لأنه إن فعل ذلك في خلوة صحيحة كان تأكيد المهر بالخلوة الصحيحة ، وإن لم يكن في خلوة فلا يجب بهذا شيء ، فإن طلقها بعد ذلك وجب عليه نصف المهر .

ويدل لذلك أن الحنفية قرروا : أن الزوج إذا دفع زوجته في غير خلوة دفعه شديدة فأزال بكارتها ثم طلقها قبل الدخول لا يلزم إلا بنصف المهر ، ولا يلزم بتعويض عن إزالة البكارة ^(١) أما إذا لم تكن امرأته فدفعها دفعة شديدة أزال بها بكارتها ثم تزوجها كانت لها عليه مهر مثلها بسبب إزالة البكارة والمهر الذي ساء لها .

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن الرجل لو طلق امرأته طلاقاً بائناً بعد الدخول بها ثم عقد عليها عقداً جديداً في المدة ، فإنه يجب لها كل المهر الثاني بمجرد العقد بدون دخول أو خلوة ، لأن وجودها في المدة قائم مقام الخلوة وزيادة لبقاء حكم الدخول الأول بدليل أنها لو أتت بولد لزمه ^(٢) . والجمهورية يوجبون لها نصف المهر : يقول الحلبي في شرائع الإسلام ^(٣) : لو طلقها بائناً ثم تزوجها في عدته ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر .

(١) يقول ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٧٢٨ : إذا دفع زوجته فلأنجب عندها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها وقال أبو يوسف وعمد عليه الصداق كاملاً لأنه أنجب عندها في نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملاً كما لو وطئها . ٨١٠

فإن صح هذا التعلل عنها كان في النكاح رأياً ، والجمهورية يذهبون إلى وجوب المهر كاملاً بذلك . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٩١ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١١٤ . وقال الشافعي وأحمد لها نصف المسمى لأنه طلاق قبل الدخول فإن لم يكن دخل بها في الأول فعليه نصف الصداق الأول ونصف الصداق الثاني بلا خلاف . المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٧٠ .

(٣) ج ٦ ص ٣٦ .

المبحث الثامن

فيما يتأثر به المهر بعد وجوبه

عرفنا ما يتأكد به المهر فيتقرر بأكمه بالدخول والخلو الصحيحة ، وموت أحد الزوجين ، فإذا حصلت الفرقة بعدها وجب المهر كاملاً سواء كان المسمى أو مهر المثل .

أما إذا حصلت الفرقة قبلها فلا يجب المهر كله ، بل ثلثه ، وأخرى يسقط إلى بدل ، وثالثة لا إلى بدل قتلك حالات ثلاث وإليك تفصيلها :

الحالة الأولى : حالة التنصيف وهي التي يجب فيها نصف المهر .

يجب نصف المهر إن كان مسمى تسمية صحيحة وكانت الفرقة من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسخاً^(١) . كالفقرة بلفظ الطلاق أو التفريق بميب فيه أو بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام ، أو إيثائه عنه إذا كان غير معلم وأسلمت زوجته أو ارتكابه ما يوجب حرمة المصاهرة .

ولا يستثنى من ذلك إلا صورة ما إذا كانت الفرقة بسبب خيار البلوغ ، أو الأفاقة فيما لو زوج الصغير أو المجنون غير الأب والجدة المعروفين بعمن الاختيار من الأولياء فإنه يثبت له الخيار في فسخ العقد عند البلوغ أو الإفاقة . فإذا اختار فسخ العقد لا يلزم بشيء من المهر ، لأننا لو أوجبنا عليه نصف المهر

(١) الفرق بينهما أن كل فرقة اعتبرت طلاقاً تحسب من عدد الطلقات والتي اعتبرت فسخاً لا تحسب منها ويظهر ذلك فيما إذا رجعت الزوجة فإنه يملك عدد الطلقات كاملة إذا كانت السابقة فسخاً .

كثيره لم يكن لهذا الخيار فائدة ، لأنه حينئذ يستوى الفسخ والطلاق الذي يملكه
كثيره فتتصرف فائدته في إعفائه من المهر عند اختياره الفسخ ، وأيضاً إن فسخ
العقد بالخيار رفع له من أساسه كأنه لم يكن فأيجاب نصفه المهر عليه في هذه
الحالة أيجاب له من غير سبب موجب ولم يقل بذلك أحد .

والدليل على أيجاب نصف المهر في هذه الفرقة قوله تعالى : « وإن طلقتموهن
من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة / ٢٣٧ .
فهذه الآية توجب نصف المهر في الطلاق قبل الدخول إذا كان مفروضاً أي
مقدراً فيقتصر التنصيف على المهر المسمى ، ويلحق بالطلاق كل فرقة جاءت
من جانب الزوج ، أما مهر المثل الذي يجب عند عدم التسمية الصحيحة فلم
يرد نص بتنصيفه ، فيبقى وجوبه كاملاً في الصور التي يجب فيها كمال المهر ،
ويجب بدل نصف المنة ، هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء وبه أخذ قانون حقوق
العائلة في المادة ٨٣ في فقرتها الثانية ونصها « أما إذا وقع الطلاق قبل الاجتماع
الصحيح يسقط نصف المهر المسمى » .

ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد بالمهر المسمى الذي ينصف أهو المسمى عند
العقد فقط فلا يتناول المسمى بعده براضى الزوجين أو بقضاء القاضي عند
اختلافهما فيه ولا الزيادة في المهر على المسمى بالعقد أو يتناول كل ذلك ؟

فذهب الحنفية في الراجح عندهم إلى أن المراد به المسمى وقت العقد فقط فلا
ينصف ما سمي بعده ولا ما زيد عليه من جانب الزوج . فلو تزوجها بدون
تسمية للمهر وقت العقد ثم سمي المهر بعد ذلك بالراضي أو بالقضاء ثم طلقها
قبل الدخول والحلوة فلا يجب لها إلا المنة ، ولو زاد على المسمى شيئاً وطلقها
كذلك وجب لها نصف المسمى وتسقط الزيادة .

ونذهب الجمهور إلى أن التنصيف يكون للكل في حالة الزيادة وفي
حالة التسمية بعد العقد ، وسبب الخلاف يرجع إلى اختلافهم في المراد بالمهر

الذي ينصف في الآية «نصف ما فرضتم» فيرى الجمهور أنه المفروض مطلقاً سواء كان وقت العقد أو بعده ، لأن الفرض معناه التقدير وهو شامل لكل هذا .

والحنفية يقولون إنه المفروض وقت العقد أو المتفق عليه قبله لأنه في عرف الناس كذلك : وكلام الشارع يفسره العرف فيعمل بالتعارف وإن كان مخالفاً للوضع اللغوي .

والفصل بين الرأيين موقوف على وجود العرف الذي يدعيه الحنفية والظاهر أنه غير موجود ..

وهذا يكون وجوب نصف المهر مشروطاً بشروط أربعة على ما هو المعمول به في مصر ولبنان ؟

١ - أن يكون عقد الزواج صحيحاً .

٢ - أن يكون المهر مسمى عند العقد تسمية صحيحة فلا يتنصف مهر المثل ، ولا المفروض للمفوضة بعد العقد خلافاً للجمهورية فإنه يتنصف عندهم ولا الزيادة عليه .

٣ - أن تقع الفقرة قبل الدخول أو الخلوة عندنا ، وقبل الدخول عند الجمهورية .

٤ - أن تكون الفقرة من قبل الزوج .

فإذا وقعت الفقرة قبل أن تقبض الزوجة شيئاً من المهر كان على الزوج أن يسلمها النصف الذي استحقته وسقط عنه النصف الآخر بدون حاجة إلى قضاء ، لأنه إن كان المهر ديناً في ذمة الزوج فقد سقطت المطالبة بنصفه ، وإن كان عيناً فإن يده ثابتة عليه . ولذلك جاز تصرفه فيه بعد الطلاق ويكون نافذاً فلا يحتاج إلى قضاء ، أما إذا قبضته فلا يعود إليه نصفه إلا باتراضيها أو بقضاء القاضي ، لأن الزوجة تملك المهر بالمقد الصحيح وهو سبب من أسباب

الملك ، فإذا قبضته تعينت ملكيتها فيه وقويت فلا تزول هذه الملكية إلا بالفسخ وهو إما بالتراضي أو بقضاء القاضي ، ولذلك تنفذ تصرفاتها فيه بعد قبضه من غير توقف على رضاه ، ولو تصرف هو كان تصرفه موقوفا على إجازتها أو الحكم به ، فإذا تصرفت فيه بالبيع مثلا نفذ بيعها ، فإن طلقها قبل الدخول فقد تعذر رد النصف فتضمن قيمة النصف وتعتبر القيمة من يوم القبض ، أما إذا تصرف فيه بالبيع قبل أن تقبضه فإن تصرفها ينفذ أيضا فإذا ما طلقها قبل الدخول أو الخلو كان عليها نصف القيمة يوم البيع ، فإذا كانت قيمته وقت البيع تساوي مائة ثم نزلت قيمته عن ذلك كانت ملزمة له بمئتين .

هذا عند الحنفية ، وينهب الجعفرية إلى أنه لا فرق بين الحالتين فيعود إليه النصف بالطلاق دون توقف على رضاها أو قضاء القاضي ، ولهذا كانت تصرفات الزوج فيه نافذة بدون توقف على شيء ما دامت للمعين باقية ، وكذا تصرفات الزوجة ما دامت تصرفت قبل الطلاق .

والحكمه في إيجاب نصف المهر في هذه الحالة تعريض المرأة عما لحقها من الضرر بفرقة لا دخل لها فيها وتخفيف عن الرجل بعدم إلزامه بكل المهر ففيه مراعاة للجانبين جانب الرجل وجانب المرأة ، لأننا لو نظرنا إلى جانبيه وجدناه لم يستفد شيئا من هذا الزواج ، لأن الملقود عليه رجع إلى المرأة سالما وهذا يقتضي عدم إيجاب شيء من المهر .

ولو نظرنا إلى الزوجة وجدنا ما ملكت زوجها بالعقد حق الاستمتاع بها ولم تمنعه من استيفاء ماله وهو الذي قوت هذا الحق على نفسه بالطلاق وهذا يقتضي إيجاب كل المهر لها ففي إيجاب كل المهر أهدار لجانب الرجل ، وفي إلغائه كله إهدار لجانب المرأة فكان الحكم الوسط الذي يعرض المرأة ويجبر كسرهما ولا يقتل كامل الرجل . الحالة الثانية : التي يسقط فيها المهر إلى بدل . وهي التي يجب فيها المتعة . المتعة : هي المال الذي يمطيه الرجل للمرأة بعد القرصة بينها بطلاق أو فسخ

سواء كان هذا المال نقداً أو ثياباً أو غير ذلك . وهي نوعان . واجبة ومستحبة . فتجب للزوجة في كل فرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة من جهة الزوج إذا لم يكن لها مهر مسمى تسمية صحيحة ^(١) وهي المقوضة ، والدليل على وجوبها في هذه الحالة قوله تعالى ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، ولأنها وجبت عوضاً عن نصف المهر وهو واجب فتأخذ حكمه لأن بدل الواجب واجب .

ولما كانت الآية واردة في الطلاق وهو من جانب الرجل ذهب الجعفرية إلى أنها تجب على الزوج في كل فرقة تعتبر طلاقاً ، ولكن الحنفية يذهبون إلى وجوبها في كل فرقة من جانبه قبل الدخول سواء اعتبرت طلاقاً أو فسخاً ، لأن الحكمة في إيجابها التخفيف عن المرأة لما أصابها من الألم والوحشة بقطع وصلة التكاثر من جانب الرجل دون أن يكون لها دخل في ذلك وتعويضها عما فاتها من نصف المهر لو كان لها مهر مقدر . ويستوي في ذلك أن تكون الفرقة طلاقاً أو فسخاً .

مقدار المتعة

والمتعة الواجبة كسوة كاملة للمرأة مما تلبسه للخروج من المنزل عادة أو قيمة ذلك من نقود وغيرها ، والمعتبر فيها عرف كل بلدة فيما تكسني به المرأة خارج بيتها . وهو يختلف باختلاف أحوال الناس . فإن تراضيا عليها فذاك ، وإلا فرضها القاضي .

وتحديد الفقهاء لها بالثياب من درع وخمار وملحفة ^(١) كان باعتبار عرف

(١) مقدار وجوبها على فساد تسمية المهر من كل وجه والفرقة قبل الدخول والخلوة ، فإن كانت التسمية صحيحة من وجه دون وجه كما إذا سمي مائة دينار ومقداراً من الخمر فإنه يلغى اللغس ويستبر الصصح هو المهر فينصف . أما بعد الدخول قلباً مهر للثل .

(١) الدرع ما تلبسه المرأة فوق اللحيص ، والخمار ما تغطي به الرأس والملحفة ما تلبس فوقه .

زمانهم بدليل أنهم نصوا على أن المتبر في التمة عرف كل بلد فيما تكتسي به المرأة عند الخروج . كما نصوا على أن الزوج لودفع لها قيمة التمة أجبرت على القبول .

وهي على الأجمال لها حد أدنى وحد أعلى . فحدّها الأدنى عند الحنفية ألا تقل عن خمسة دراهم لأنها نصف أقل المهر الواجب شرعا . وهي وجبت عوضا عن نصف المهر المسمى ، ولا تزيد عن نصف مهر المثل ، لأن مهر المثل هو الواجب لها لو فارقها بعد الدخول في هذه الحالة .

ومعنى ذلك أنها لو قدرت لا تقل عن ذلك ولا تزيد عن هذا لكن الزوج لو تطوع بأكثر من هذا وأعطاهما باختياره فلا بأس في ذلك . وعند تقديرها : يراعى حال الزوج^(٢) من اليسار والأعسار وهو قول أبي يوسف لقوله تعالى « فتمتعن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فهو صريح في أن تقدير التمة يكون بحال الزوج من اليسر والعسر ، ولأنه هو المكلف بدفعها فلو كلفناه وهو فقير وهي غنية بمثل ما تكسب به لكلفناه بما ليس في وسعه . ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها .

وهذا هو الرأي الراجح عند الحنفية ويوافقهم في ذلك الجعفرية^(٣) لموافقته لصريح النص واتفاقه مع قواعد التكاليف . وقد نص قانون حقوق الماثلة على وجوب التمة في هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادّة ٨٤ ونصها وأما إذا وقع

== ثيابها وبعض الفقهاء يمدّها قميص وأزار وملحفة . ويريد بالأزار ما يليس فوق القميص ونحو الملحفة .

(٢) وفي الذهب رايان آخران . أولهما أنها تجب حسب حالة الزوجة ، لأنها وجبت بدلا عن مهر المثل الذي لا ينصف وهو معتبر بحالها ، وثانيهما : أنها تجب بعيب حالهما معا . راجع البيدائع ج ٢ ص ٣٠٤ .

(٣) المختصر النافع ص ٢١٣ يقول : ويمتيز في التمة حاله فالغنى يتمتع بالتوب المرتفع أو عشرة دناتير والفقير بالخاتم أو الدرهم والمتوسط بينهما .

الطلاق قبل الاجتماع الصحيح فتأزم المنة « وهي عبارة عن قبض وإزار وملحقة « وتبين المنة حسب العرف والمادة على شرط أن لا تتجاوز مهر المثل « وجوبها إذا لم يكن المهر مسمى تسمية صحيحة كما نصت عليه الفقرة الأولى من تلك المادة .

لكن يلاحظ أن هذه الفقرة جعلت الحد الأعلى للمنة مهر المثل . وهو غير صحيح لأن المقرر في المذهب الحنفي وهو مصلح هذا الحكم صريح في أن الحد الأعلى لها نصف مهر المثل . ولأن هذه المرأة لو طلقت بعد الدخول أو الخلاء يجب لها مهر المثل . فإزم على هذا أن تستوي الحالتان الفقرة قبل الدخول وبعده وليس لها نظير أصلاً .

فالظاهر أن عبارة المادة سقط منها كلمة « نصف « وصوابها « أن لا تتجاوز نصف مهر المثل »

أما المنة المستحقة . فهي لكل مطلقة بعد الدخول سواء سمي لها مهر أو لا ، وللمطلة قبل الدخول إذا كان لها مهر مسمى على الصحيح في المذهب الحنفي متر ، كانت الفقرة من جانب الرجل إلا إذا ارتد أو أبى الدخول في الإسلام فإن المنة لا تستحب في حقه لأن الاستحباب قضية لا تطلب إلا من المسلم لقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » البقرة / ٢٤١ .
ولأن أعطاء المنة في تلك الحالات يكون من التسريح بإحسان الأمور به .

الحالة الثالثة التي يسقط فيها المهر كله لا إلى بدل

يسقط المهر كله بعد ثبوته بالمقد الصحيح إذا طرأ عليه سبب من الأسباب الآتية :
١ - إذا وهبت الزوجة لزوجها كل المهر قبل الدخول أو بعده فإنه يسقط عنه متى كانت من أهل التبضع وقبل الزوج الهبة في المجلس . سواء كانت الهبة قبل قبض المهر أو بعده ^(١) وكذلك إذا أبرأته منه وهي رشيدة وكان ديناً في ذمة

(١) قيد ذلك صاحب البدائع بما إذا كان للمهر عينا أما إذا كان ديناً فإن هبته تمنع إذا كان قبل القبض . والدين هو ما يشتر في المنة كالديارهم والدينار والكيلا والورقات مما تبين بالوصف والعين هو الدين بالأشارة . ج ٢ ص ٢٩٥ .

الزوج سواء كان قبل الدخول أو بعده. وقد تم توضيحه في مسألة الخط من المهر .

٢- إذا حصلت الفرقة بينها بسبب من جانبها قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة .
سواء كان هذا السبب أمرا مشروعاً . كما إذا كان لها خيار البلوغ أو الأفاقة فيما
إذا زوجها وليها غير الأب والجد وهي صغيرة أو مجنونة ثم بلغت أو أفاقت
واختارت فسخ الزواج أو كان أمرا غير مشروع كارتدادها عن الإسلام أو
إبائها عنه إذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية أو ارتكبت ما يوجب حرمة المصاهرة
فإن عقد الزواج في تلك الصور يفسخ ولا مهر لها ، لأن إقدامها على ما يوجب
الفسخ قبل أن يتأكد المهر دليل على تنازلها عنه . بخاصة إذا كان ما فعلته
معصية ، ومثل ذلك إذا كان الفسخ من قبل وليها ، كسما إذا زوجت نفسها
بدون كفه أو بأقل من مهر المثل واعترض وليها للعاصب على العقد وطلب فسخه
وأجيب إلى طلبه ، لأن فسخ العقد وإن كان من وليها مباشرة إلا أنها هي التي
تسببت فيه بالتزويجها بمن يمترض عليه وليها . فكأنها هي التي فسخته .

وقانون حقوق العائلة ينص على ذلك صراحة في الفقرة الثالثة من المادة ٨٣-
فيقول : « وإذا وقع الفراق من طرف الزوجة بإحدى الصور كما لو فرق الزوجة
وليها بسبب عدم الكفاءة يسقط تمام المهر المسمى » وهي مقيدة بالفراق قبل
الاجتماع الصحيح لأنها معلقة على الفقرة التي قبلها وفيها هذا القيد. وقد تقدم نصها.

٣- إذا فسخ الزواج بسبب مشروع من جهة الزوج قبل الدخول أو الخلوة
كاختياره الفسخ عند البلوغ أو الأفاقة ، لأن هذا الفسخ نقض للعقد من أساسه ،
وإذا نقض العقد لم يبق سبب موجب للمهر .

٤- إذا خالمت الزوجة زوجها على المهر كله قبل الدخول أو بعده فإنه يسقط
كله ، كما يقول صاحب البدائع .

المبحث التاسع

في ولاية قبض المهر والتصرف فيه

قدّمنا أن المهر حكم من أحكام العقد وأنه يثبت حقاً للزوجة بمجرد العقد الصحيح سواء كان مسمى في العقد أو لا ، ولا تتوقف ملكيتها له على القبض حتى جاز لها التصرف فيه قبل قبضه .

وإذا تم العقد قلن تثبت ولاية قبض المهر. أثبتت للماقد وليا كان أو وكيلًا أم للزوجة ؟

الأمر لا يخاف من أن تكون الزوجة كاملة الأهلية أولاً . فإن كانت كاملة الأهلية ثبت الحق لها سواء تولت هي العقد بنفسها أو تولاه غيرها وليس لأحد سواها ولاية قبضه إلا بأذن الصريح أو الضمني .

فإذا قبضه غيرها بدون أذن لا تبرأ ذمة الزوج منه وكان لها حق مطالبة به وهو يرجع على من أقبضه ، وإن كان القبض بأذنها برئت ذمته . ولا يعتبر سكوتها عند القبض رضا منها بذلك إلا فيما إذا كانت بكراً وكان القابض أباًها أو جدها لأبيها لجريسان العادة بقبض الآباء والأجداد مهوور الأبكار من بناتهم لاستحيائهن من المطالبة بالمهر. فاعتبر السكوت إذناً بالقبض دلالة بشرط ألا يوجد منها ما يدل صراحة على عدم رغبتها في قبض الولي له كأن تنهي الزوج عن دفعه إليه لسبب من الأسباب .

فإن وجد لا يعتبر قبضه صحيحاً فلا تبرأ ذمة الزوج منه ، أما غير الأب والجد من الأولياء فليس لهم ولاية القبض إلا بالأذن الصريح ، وكذلك الوكيل جنباً في عقد الزواج لأنه مجرد سفير ومعبّر عنها .

وبلاحظ هنا أن المأذون له في قبض المهر المسمى وإن كان أبا أو جدا ليس له قبض غيره وأن كان مساويا له في القيمة لأنه يكون استبدالا وهو لا يملك ذلك بالنسبة لكاملة الأهلية ، وقد سبق بيان حق الزوجة في الامتناع عن الزواج والدخول في طاعته حتى يوفى بها مهرها الممجل .

وإن كانت الزوجة فاقدة الأهلية لصغرها أو جنونها أو كانت معجورا عليها لسفه أو غفلة فصاحب الحق في قبض مهرها من له الولاية على أموالها وهو عند الحنفية واحد من ستة : الأب ثم وصيه فإن لم يكونا فالجد ثم وصيه فإن لم يكن أحد من هؤلاء فالقاضي ثم وصيه بهذا الترتيب .

وعلى هذا فقد تجتمع الولايتان « ولاية الزواج وولاية المال » لشخص واحد كالأب والجد ، وقد تفرقان فيكون للزواج ولي والمال ولي آخر كالعم ووصي الأب فإن أولها ولي في الزواج والثاني ولي في المال . فإذا قبض واحد من أولياء المال المهر صح قبضه وبرئت ذمة الزوج منه لا تملك بعد زوال سبب الولاية مطالبة الزوج بالمهر مرة أخرى ، بل تطالب وليها الذي قبضه .

وإذا قبضه واحد غير هؤلاء لا يعتبر قبضه وكان لها حق مطالبة الزوج به بعد البلوغ أو رفع الحجر ، لأن ذمته لم تقرب بالدفع إلى غير الولي المالي ، ويرجع على من أقبضه إياه .

وعلى هذا إذا كان للصغيرة الشبهة أو المجنونة أخ ووصي على مالها كان لأخيها ولاية تزويجها ولو صيها قبض مهرها لأن الأول ولي على النفس والثاني ولي على المال فيعمل كل منها في دائرة اختصاصه لا يتعداها .

أثر هبة الرشيدة مهرها أو بعضه لزوجها

قدمنا أن الزوجة الرشيدة هبة مهرها لزوجها قبل الدخول وبعمده سواء

قبضته أو لم تقبضه وليس لأبيها ولا لأحد أقربائها الاعتراض على ذلك، ولما كانت تختلف أحكامها باختلاف صورها حسبما يلحقها من طلاق بعد الدخول وقبلة لزوم بيان ذلك .

إذا وهبته كله أو بعضه ثم طلقها بعد الدخول فلا يرجع عليه بشيء ، لأنه بالدخول يقرر لها المهر كله وقد وهبته وهي زوجة والزوجية مانعة من الرجوع في الهبة بعد تمامها . وهذا متفق عليه بين الحنفية والمجسرية .

أما إذا وهبته له كله أو بعضه ثم طلقها قبل الدخول فإنه يسقط عنه بهذا الطلاق نصفه وهذا بلا خلاف ولكن هل له أن يرجع عليها بشيء بعد ذلك .

الحنفية يفصلون في المهر بين ما يتعين بالتعيين وبين ما لا يتعين بالتعيين .

فإن كان مما يتعين بالتعيين كقطعة أرض معددة أو دار كذلك أو هذا الفرس أو هذه السيارة ووهبته له كله أو نصفه ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده بالاتفاق ، لأن بالطلاق قبل الدخول استحق نصف المهر وقد رجع إليه بطريق الهبة وهو عين حقه ، ولا يضر اختلاف طريق الوصول إليه .

أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والكيالات والموزونات الثابتة ديناً في الذمة بأن لم تكن معينة بذاتها بالأشارة ووهبته له قبل قبضها فلا يرجع عليها بشيء إذا طلقها قبل الدخول ، لأنه بالطلاق في هذه الحالة يستحق برائة ذمته من نصف المهر وقد حصل ذلك بالهبة على الراجح من المذهب ، أما إذا كانت الهبة بعد القبض فله الحق في الرجوع عليها بنصف المهر باتفاق أئمة المذهب لأن ما وهبته لا يتعين أن يكون عين ما أعطاه لها فلم يكن ما وصل إليه بالهبة هو عين ما يستحقه بهذا الطلاق .

والمجسرية لم يفرقوا هذه التفرقة وإنما فرقوا بين الأبراء والهبة لكل

المهر وبين هبة نصفه . أياً كان نوع المهر فقالوا : إذا أبرأته من المهر ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه ، ولو وهبته نصف مهرها مشاعاً ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي ولم يرجع بشيء سواء كان المهر ديناً أو عيناً صرفاً للهبة إلى حقها ، وظاهر كلامهم يفيد أنه يستوى في ذلك أن يكون قبل القبض أو بعده^(١)

وليلاحظ هنا أن مذهب الحنفية هو المعمول به في مصر ولبنان في محاكمها السنية ، والمحاكم الجعفرية تطبق مذهبهم ، وفي كل من المذهبين يرجع الزوج على زوجته بنصف المهر بعد هبتها له كل مهرها وإن كان المذهب الجعفري يرجع في كل أنواع المهر ، وفي المذهب الحنفي فيما إذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين والغالب في المهر أن يكون منه .

وهذا يلحق بالمرأة ضرراً مالياً كبيراً فوق ما يصيبها من الألم بالطلاق . مع أنها حينما وهبت لزوجها قصدت مساعدته أو دعماً للحياة الزوجية لتثبت له أنها ستعاون معه بالبدل ولن تثقل كاهله . ولو علمت أنه سيقطع رباط الزوجية لما أقدمت على الهبة . على أن ذلك يشجع بعض الأزواج على الطلاق ما دام سيأخذ ما لا جديدأ بعدما يرجع له ما دفعه أفلا يكون من الأوفق للمعدل الأخذ بمذهب الإمام مالك الذي يقرر أنه لا يجوز للزوج أن يرجع على زوجته المطلقة في هذه الحالة بشيء بل إنه يلزمه برد ما وهبته في بعض الحالات^(٢) .

(١) راجع شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٦ ، ص ٣٧ ، فقه الإمام جعفر للشيخ مغنية ج ٥ ص ٢٨٩ وفي الأخير يقول هذا هو للشهر عندهم وقال : سئل الإمام عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته في حل . قال : إذا جعلته في حل فقد قبضته فإن خلاها - أي طلقها - قبل أن يدخل بها وادت المرأة على الزوج نصف الصداق

(٢) راجع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٢٤ وفيه إن وهبته شيئاً من صداقها قبل البناء أو بعده على قصد دوام العشرة معها فطلقتها قبل حصول مقصودها فإنه يرد لها ما وهبته .

المبحث العاشر

في ضمان المهر

إذا كان المهر حقاً للزوجة فإن قبضته انتهت المسألة، وإن لم تقبضه صار ديناً في ذمة الزوج إذا كان من الأموال التي تثبت في الذمة كالنقد أو في ضمانه إن كان معيناً بذاته .

وكان لها أن تستوفى من استيفائه بأخذ رهن به أو كفيل يضمنه لها . فإن أخذت رهناً جرى عليه أحكام الرهن لكن المادة جرت بأن الناس يطلبون كفيلاً به

فإذا كفّل شخص لها هذا المهر صحت الكفالة إذا كان الكفيل من أهل الكفالة يستوى في ذلك أن يكون قريباً لأحد الزوجين أو أجنبياً عنها وسواء أكان أحد الزوجين أو كلاهما فاقد الأهلية أو كاملها .

فإذا صحت الكفالة برضا الكفيل والمكفول له كان للزوجة إذا كانت بالغة عاقلة أو وليها إن لم تكن كذلك الخيار في مطالبة كل من الزوج والكفيل بأداء المهر عند الحنفية لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالحق المكفول به .

ويذهب الجعفرية إلى أن الطلب من أحدهما يوجه إلى الكفيل فقط . لأن الكفالة عندم تنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل^(١) .

أثر أداء الكفيل للمهر

المكفول عنه وهو الزوج إما أن يكون في ولاية الكفيل كالصغير أو فاقد

(١) مسائل الخلاف ج ١ ص ٢٤٤ .

العقل أو لا يكون في ولايته كالأجنبي أو الابن الكبير البالغ العاقل .

فإن كان الثاني وأدى الكفيل المهر عنده رجع عليه بما أداه إن كانت الكفالة بأمره ، أما إذا كانت بغير أمره فلا يرجع عليه بشيء عند الخفية والجمعية لأنه متبرع بما فعل .

وفي هذه الحالة إذا مات الكفيل قبل الأداء كان الزوجة حق المطالبة في تركته بمقدار مهرها فإذا قبضته منها رجع الورثة به على الزوج سواء كان وارثاً أو غير وارث .

وإن كان الزوج من النوع الأول وكفله أبوه بالمهر صحت الكفالة وكان عليه أن يدفع المهر فإن دفعه من مال ابنه فلا شيء فيه ، وإن دفع من مال نفسه فليس له الرجوع على الزوج إلا إذا أشهد عند الكفالة أو الأداء أنه سيرجع عليه ، لأن العرف جرى بأن الآباء يتبرعون بعمور أبنائهم فيكون الأداء مع عدم الأشهاد على أنه سيرجع أمانة على أنه متبرع بالدفع .

وإذا مات الأب الكفيل قبل أداء المهر عن ابنه كان للزوجة أخذ مهرها من تركته ولباقي الورثة حق الرجوع على الزوج في نصيبه من الميراث سواء أكان الأب أشهد على أنه سيرجع على ابنه بما يؤديه عند الكفالة أو لا ، لأن التبرع المفروض من جانب الأب عند عدم الأشهاد على الرجوع لا يكون إلا إذا أدى بنفسه .

أما إذا كان الكفيل عن الصغير غير الأب فإنه يرجع في مال الصغير سواء أشهد على الرجوع أو لم يشهد لأن غير الأب لا يتبرع بالمهر عن الصغير عادة .

ولو زوج الأب ابنه الصغير أو من في حكمه باعتباره ولياً ولم يتكفل بالمهر عنه فهل يعتبر الأب ضامناً له بأقدمه على تزويجه فتطالبه الزوجة به أو لا ؟

الحنفية يذهبون إلى أن الزوجة لا تطالب الأب بالمهر في هذه الحالة إلا إذا كان للزوج مال . وعلى الأب بمقتضى ولايته المالية على ابنه أن يدفع لها المهر .

أما إذا لم يكن للأب مال فليس لها مطالبة الأب لأن المهر ثبت ديناً في ذمة الزوج ولم توجد كفالة من الأب حتى يطالب بمقتضاها . ومباشرة العقد لا تلزمه بحقوقه لأنها ترجع إلى الزوج لا إلى العاقد .

وذهب الأئمة الثلاثة والجمعوية^(١) إلى أن الأب إذا زوج ابنه الفقير كبيراً كان أو صغيراً كان مطالباً بالمهر ، لأن الزوجة وأولياءها لم يقدموا على زواجه مسع فقره إلا من أجل أبيه لأنه عادة يتحمل المهر عنه . وأن الأب الفقير يعتبر قادراً على الزواج بقدره أبيه

فأقدام الأب على تزويج ابنه في هذه الحالة دليل على إرادته تحمل ما يجب للزوجة من المهر وغيره فيكون مسئولاً عن المهر فيلزمه أداءه دفعة للضرر عن الزوجة .

وإذا دفعه لا يرجع على ابنه به إذا أيسر لأنه بمنزلة ما يتفقه عليه . وهذا المذهب كما ترى أرجح من منذهب الحنفية المصول به الآن في مصر والمحاكم السنية في لبنان .

(١) يقول الحلبي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٨ : إذا زوج ولده الصغير فإن كان له مال فالمر على الولد وإن كان فقيراً فالمر في عهدته والولد ولومات الوالد أخرج المهر من أصل تركته سواء بلغ الولد وأيسر أو مات قبل ذلك فلو دفع الأب للمهر وبلغ الصبي فطلق قبل الدخول استعاد الولد المنتصف دون الوالد لأن ذلك يجري مجرى اللبنة له ، ولو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر ولم يكن الوالد المتزاعه لئين ما ذكرناه في الصغير وفي الساتين تردده . ٥١ .

وبما يجب ملاحظته هنا : أن الكفالة إذا وقعت من الكفيل في حال صحته تكون نافذة سواء أكان المكفول عنه أجنبياً أم قريباً وارثاً أو غير وارث .

أما إذا كانت في مرض الموت فإنها تأخذ حكم الوصية ، لأنها نوع من التبرع ، وتبرع للشخص في مرض موته كالوصية . فإن كان كل من الزوجين غير وارث نفذت الكفالة في حدود ثلث التركة فإن زادت عنه توقفت في القدر الزائد على إجازة الورثة بالاتفاق .

وإن كان أحدهما وارثاً كانت وصية لو ارث فيها يختلف الحنفية والجعفرية . فالحنفية يذهبون إلى أنها تتوقف كلها على إجازة الورثة ، والجعفرية يذهبون إلى أنها تنفذ في حدود الثلث بدون توقف على شيء كالوصية للأجنبي ولا تتوقف على الأجازة إلا فيما زاد على الثلث .

وعلى هذا يكون العمل في المحاكم الجعفرية بلبنان أن هذه الكفالة تنفذ في حدود ثلث التركة وتتوقف فيما زاد حسباً هو مقرر بمذهبهم ، أما المحاكم السنية فانها تسير على الراجح في المذهب الحنفي وهو توقفها كلها .

أما في مصر فالعمل على ما يوافق المذهب الجعفري حيث إن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عدل في هذه المسألة عن مذهب الحنفية .

هلاك المهر واستهلاكه

المهر إما أن يكون من الأموال التي تعين بالتعيين أو من التي لا تعين بالتعيين كالنقود وما في حكمها مما يثبت في النمة .

فإن كان من النوع الثاني ورد عليه الضمان بالكفالة وقد تقدم حكمها ولا تصور فيه هلاك أو استهلاك قبل قبضه ، لأنه لو جمل مهرها مائة دينار مشاراً

إليها لزمه مائة دينار يدفعها إلى الزوجة سواء أكانت هي للمشار إليها أم غيرها .
لعدم تعلق حقها بثأته بعينها .

وإن كان من النوع الأول . كان جعل مهرها حيواناً بذاته أو داراً محددة
أو سيارة مشاراً إليها .

فإن حقها يتعلق بها عينه سواء كان من الأموال المثلية أو القيمة . وهذا هو الذي
يرد عليه الهلاك والاستهلاك .

فإن ملك المهر من هذا النوع في يدها بعد قبضها له بأقفة سماوية أو بفعلها
فهلاكها عليها ولا ترجع على الزوج بشيء . لانتفاء عهدة الزوج بقبضها له .

وإن استهلكه غيرها سواء كان الزوج أو غيره لزمه ضمانه فترجع على
المستهلك بمثل إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً .

أما إذا هلك قبل قبضها له فإنه يكون مضموناً على الزوج سواء كان بفعله
أو بأقفة سماوية ، لأن الزوج ملزم به قبل قبضها فيضمنه .

أما إذا كان استهلاكه بفعل الزوجة فلا ترجع على الزوج بشيء لأنها استوفت
حقها بأهلاكها له ، وإن هلك بفعل أجنبي فالزوجة بالخيار إن شاءت رجعت على
ذلك الأجنبي وإن شاءت رجعت على الزوج وهو يرجع على الأجنبي .

وإذا حصل الطلاق قبل الدخول فإن كان الهلاك قبل القبض وجب على
الزوج نصف قيمة المهر يوم الهلاك ، وإن هلك بعد القبض وجب عليها رد نصف
قيمته يوم القبض للزوج .

استحقاق المهر للنفر

وهذا لا يكون إلا في المهر المعين . فإذا استحق المهر كله بأن ظهر أنه ملك

لغير الزوج كان على الزوج ضمان مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً. يستوي في ذلك ظهور استحقاقه قبل القبض وبعبءه .

فإن استحق بعضه وكان من الأموال المثلية أخذت الزوجة الباقي ورجعت على الزوج بمثل الجزء المستحق ، وإن كان قيمياً كدار أو فرس تخيرت بين أخذ الباقي وتشارك الأجنبي فيه والرجوع على الزوج بقيمة الجزء المستحق وبين أن تأخذ القيمة كلها من الزوج وتترك له العين ليشارك فيها مع المستحق لجزئها، وإنما تخيرت هنا لأنها ملكت العين كلها بالمقدون أن يكون لها شريك فيها ، فإذا عرضت الشركة في تلك العين وهي عيب قد لا ترضى به ثبت لها التخيير .

هذا إذا استحققت الزوجة المهر كله ، أما إذا استحققت نصفه فقط فكان طلقها قبل الدخول ثم ظهر مستحق لنصف العين التي جعلت مهرأ لم يكن لها غير النصف الآخر ، لأنها في هذه الحالة ستكون شريكة على كل حال ، إما الزوج لو لم يظهر مستحق لنصف العين أو للأخر بعد استحقاقه .

المبحث الحادي عشر

في الاختلاف في المهر وقضائه

مع وضوح حق المرأة في المهر وما يجب لها في كل حالة من الحالات إما تمام المهر المسمى أو نصفه ، أو مهر المثل أو النعمة ، لكن ذلك عند اتفاق الزوجين على ما وقع بينهما ، وقد يختلفان ، وقد يختلف أحدهما مع ورثة الآخر بعد موته . وقد يختلف ورثتها بعد موتها .

والاختلاف بينهما قد يكون في أصل تسمية المهر . بأن يدعي أحدهما تسمية المهر وينكر الآخر ، وقد يكون في مقدار المسمى بعد اتفاقها على التسمية .

وقد يكون في قبض المجل بعد اتفاقها على التسمية ومقدار المسمى . وإليك تفصيل أحكام تلك الصور .

الصورة الأولى : إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية بأن ادعى أحدهما تسمية المهر مع تعيين مقداره ^(١) وأنكر الآخر .

والحكم في ذلك . أن على مدعي التسمية إثباتها بالبينة ، فإن أقامها حكم بالمهر الذي ادعاه ، وإن عجز عن إقامة البينة وطلب اليمين من المنكر وجهت اليمين إليه ، فإن امتنع عن اليمين حكم عليه بما ادعاه الآخر ، لأن ذلك بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعي ، وإن حلف بطلت التسمية وقضى بهر المثل لأنه الواجب في كل زواج خال من التسمية الصحيحة عند الحنفية والجمعية ^(٢) .

لكن يلاحظ أنه يشترط في مهر المثل الذي يقضى به هنا ألا يقل عما سماه الزوج إن كان هو المدعي ، لأنه التزم هذا القدر المسمى بادعائه فلا ينقص عنه ، وألا يزيد على ما ادعته المرأة إن كانت هي المدعية ، لأنها رضيت بما سمته في دعواها .

فإذا كان الزوج هو المدعي وادعى أكثر من مهر المثل حكم بما ادعاه لا بمهر المثل ، وإذا كانت الزوجة هي المدعية وادعت أقل منه حكم بما ادعته .

ويهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة - ٨٦ - ونصها : « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل إلا إذا كان ادعاء التسمية من طرف الزوج فينبغي أن لا يتجاوز المقدار الذي تدعيه مهر المثل ، وإن كان من طرف الزوج فينبغي أن لا يكون أقل من المقدار الذي يدعيه » .

(١) قدما بتعيين مقداره لأن ادعاء مجرد التسمية من غير تعيين مقدار المهر لا فائدة فيه ولو فعل ذلك كان الواجب مهر المثل بالنسبة لما يبلغ في حالة تأكد المهر . وللمتمة بالغة ما بلغت إذا لم يتأكد .

(٢) فقه الإمام جعفر الشيخ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ٢٩٣ .

وهذا الحكم فيما إذا وقع الاختلاف بينهما حال قيام الزوجية أو بعد زوالها وتأكد المهر كنه بأحد الأمور المؤكدة له .

أما إذا حصل الطلاق قبل أن يتأكد المهر فتستحق الزوجة نصف المسمى إن ثبتت التسمية ، والمثمة إن لم تثبت لا تزيد على نصف ما عينته الزوجة إن كانت هي التي أدعت التسمية ، ولا تنقص عن نصف ما عينه الزوج إن كانت دعوى التسمية من جانبها .

والحكم لا يختلف عن هذا فيما إذا حصل الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر^(١) باتفاق أئمة الحنفية ، لأن وريثة أحدهما تقوم مقامه ، ولأن المهر لا يسقط بالموت ، ويرافقهم في ذلك الجعفرية .

وكذلك إذا وقع الاختلاف بين وريثة الزوجين بعد موتها عند صاحبين والجعفرية .

وقال أبو حنيفة إن ثبتت التسمية حكم بالمهر المسمى ، وإن لم تثبت فلا يقضى بشيء لورثة الزوجة لأن التسمية لم تثبت ، ومهر المثل ساقط الاعتبار لعدم معرفته ، لأن موت الزوجين مناه موت أقرانها ، ويظهر أنه فرض ذلك فيما إذا تقادم العهد ومرت من طوِيل ، أما إذا مات الزوجان في سن مبكرة فلا معنى لإسقاط اعتبار مهر المثل لإمكان معرفته ، فيتفق رأيهم مع رأي صاحبين هذا والراجح في المذهب هو رأي صاحبين وعليه العمل .

(١) لا يوجد بين الصورتين اختلاف إلا في صورة البين الذي يحلله التكر فيها . فالتكر إذا كان أحد الزوجين يحلف على أصل التسمية ، يعني يقسم على أنه لا تسمية للمهر ، وإذا كان من الورثة فإنه يحلف على نفي العلم العلم بالتسمية ، أي يقسم على أنه لا يعلم أن المهر سمي من الجانب الآخر .

الصورة الثانية : إذا اختلفا في مقدار المهر بعد اتفاقها على أصل التسمية . كما إذا ادعت الزوجة أن المسمى مائتا دينار ، وقال الزوج : إنه مائة وخمسون .

وفي هذه الصورة يرى أبو يوسف : أن الزوجة تدعي الزيادة والزوج ينكرها فإن أقامت بينة على دعواها حكم بمقتضاها ، وإن عجزت يكون القول قول الزوج مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين حكم بها ادعته الزوجة ، وإن حلف حكم بها ادعاه إلا أن يكون ما ادعاه شيئاً قليلاً لا يمكن أن يكون مهرأً مثلها فإنه يحكم بمهر المثل في هذه الحالة بشرط ألا يزيد على ما تدعيه لأن الظاهر يؤيدها فيما تدعيه .

والحكم لا يختلف عن هذا فيما إذا وقع الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو اختلاف ورثة الزوجين بعد موتها ، وهذا الرأي هو المختار للفتوى والعمل ، ومذهب الجعفريه يتفق معه في الجملة ، لأنهم يقولون عند اختلاف ورثة الزوجين في قدر المسمى : إن القول قول ورثة الزوج فيأزمهم ما ياترفون به .

وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق المائلة . فالمادة - ٨٧ - منه تقول : « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ، فإن كان الزوج يدعي المهر المتعارف عليه فالقول قوله » .

والمراد بالاختلاف فيها الاختلاف في مقدار المسمى ، لأن المادة السابقة كانت في الاختلاف في أصل التسمية ، والكلام هنا مفروض فيما إذا لم يرق أحدما بينة على دعواه لأنها لو وجدت حكم بمقتضاها .

وهذا يكون المعمول به في لبنان ومصر هو الرأي السابق .

أما في لبنان فواضح لنص قانون المائلة عليه واتفاق المذهب الجعفري معه

في الجلة حيث يحل القول للزوج عند الاختلاف في قدره أو وصفه ^(١) .

وأما في مصر فلأن المادة ١٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه « إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً مثلها عرفاً فيحكم مهر المثل . وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتيها » .

وإنما اختبر قول أبي يوسف ^(٢) للعمل لأنه أعدل وأيسر في التطبيق .

الحالة الثالثة : إذا اتفق الزوجان على أصل التسمية والمقدار المسمى واختلفا في قبض الميعل بأن ادعى الزوج أنه أوفىها الميعل كله وأنكرت الزوجة أنها قبضته كله أو أنها قبضت بعضه ولم تقبض باقيه .

والحكم في هذا الاختلاف يختلف باختلاف الوقت الذي حصل فيه .

فإن كان قبل أن توف إليه كانت الزوجة متمسكة بالأصل والزوج يدعي خلافه ، لأن المهر ثبت في ذمة الزوج ديناً بمجرد المقد والأصل بقاؤه حتى يقوم

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٩ .

(٢) وذهب أبو حنيفة وعنه إلى أن من أقام منها البينة على دعواه حكم له سواء كان موافقاً لمهر المثل أو لا ، وإن أقام كل منها بينة يحكم مهر المثل فمضى يشهد له مهر المثل حكم بما يدعيه ، فإذا كان مهر المثل كما ادعت الزوجة أو أكثر منه حكم لها بما ادعت ، وإن كان مساوياً لما ادعاه الزوج أو كان أقل منه حكم بما ادعاه . وإذا لم يشهد مهر المثل لأحد منها بأن كان أكثر مما ادعى الزوج وأقل مما ادعته الزوجة حلف كل منهما على صفة دعواه ونفي دعوى الآخر ، فإن حلفا جميعاً حكم بمهر المثل وإن نكل أحدهما عن اليمين حكم عليه بما ادعى الآخر ، وذلك لأن كلا منهما ينتهر مدعياً ومنكراً ، فإن الزوج يدعي ما ادعاه وأنه يلزمها للدخول في طاعته بأبوابها الميعل وينكر الزيادة فتدعيها الزوجة . والزوجة تدعي الزيادة وتنكر أن له الحق في إدخالها في طاعته حتى يوفىها لها أو ما اشتراط تميمه منها .

الدليل على خلافه ، فإن أقام الزوج بينة على دعواه حكم بمقتضاها ، وإن عجز
كان القول للزوجة مع يمينها ، فإن نكلت عن اليمين حكم للزوج لأن نكولها
دليل على صدق دعواه .

وإن كان الخلاف وقع بعد أن زفت إليه فالحكم يختلف تبعاً لوجود عرف
مطرده يلزم تعجيل جزء من المهر قبل الزفاف أو عدم وجوده .

فإن لم يوجد عرف فالحكم لا يختلف عما إذا كان قبل الزفاف من أن على
الزوج البينة والقول قول الزوجة مع يمينها ، فإن أقام بينة حكم بها وإن لم تكن
له بينة حكم لها إذا حلفت اليمين .

وإن كان هناك عرف مطرده بالتعجيل وادعى الزوج أنه أوفاهما معجلاً
الصدقات وهي تتكرر قبض شيء منه كان القول قول الزوج ، لأن العرف يشهد له
ويقوم مقام البينة على صدق دعواه ولا يلتفت إلى دعواها عدم القبض لأن الظاهر
يكفيها .

وإن كان الخلاف بينها في قبض بعض المعجل بأن اعترفت للزوجة بأنها
قبضت بعضه دون باقيه والزوج ينكر ذلك مدعياً أنه أوفاهما كل المعجل كان
القول قولها مع اليمين حتى ولو جرى عرف الناس بقبض كل معجل الصدقات ،
لأن بعض الناس يتساهلون عادة بعد قبض جزء من معجل الصدقات في طلب الباقي
فيمت الزفاف قبل قبضه ، ولأن اعترافها بقبض البعض مع إمكانها إنكار قبضه
أمانة واضحة على صدقها . فيؤخذ بقولها مع اليمين ، إلا إذا أقام الزوج البينة
على صدق دعواه فيحكم له ، وهذه الأحكام كما تجري في اختلاف الزوجين تجري
في اختلاف أحدهما مع ورثة الآخر ، وفي اختلاف ورثتها .

وهذا هو المتيقن به للعمل في مذهب الحنفية ، وعليه يجري العمل في مصر .
وفي لبنان أيضاً بالهاكم السنية ، لأن قانون المأنة لم يمرض لهذه المسألة .

والمذهب الجعفري لا يختلف عن المذهب الحنفي في ذلك كثير أحيان المغرب فيه أن القول قول الزوجه ، لأن الأصل عدم القبض حتى ثبت العكس ، وعلى الزوج البينة لأنه مدعي ولا فرق في ذلك بين أن يحصل النزاع قبل الدخول أو بعده ^(١) ، وهذا هو المطبق في الحاكم الجعفرية .

الاختلاف في وصف المقبوض أهو هدية أم من المهر ؟

إذا كان الزوج قد بعت إلى زوجته شيئاً من النقود ، أو الحلى ، أو الثياب وغيرها قبل الزفاف أو بعده ، ولم يذكر عند إرساله أنه هدية أو من المهر ثم اختلفا بعد ذلك ، فقالت : هو هدية حتى لا يرجع عليها بشيء منه لأن الزوجية مانعة من الرجوع فيها ، وقال : هو من المهر حتى يحتسب له من المهر ، فكل منها مدعي ومنكر ما ادعاه الآخر ، فأبها أقام البينة على دعواه قضى بما يدعيه لثبوته بالبينة وعدم وجود معارض من الطرف الآخر .

وإن أقام كل منها بينة على دعواه قبلت بيقظها لأنها تدعى خلاف الظاهر . والبيئات شرعت لإثبات ما خالف الظاهر ، وما يدعيه الزوج هنا يتفق مع الظاهر ، لأن الشخص يسمى أولاً إلى أداء الواجب في ذمته وهو المهر ثم بعد ذلك يدعى .

وإذا عجزا عن إقامة البينة حكم العرف في الشيء المدفوع ويكون الحكم لمن يشهد له العرف ، فيكون القول قول الزوج مع يمينه فيها لم يجر العرف بأهدائه ، فإذا حلف أحدهما اليمين حكم له بدعواه ، وإن امتنع عن اليمين حكم للآخر لأن النكول عن اليمين إقرار يدعى الخصم .

وإن لم يوجد عرف أصلاً ، أو اشتبه العرف وتعدت تحكيمه لاحتماله الأمرين

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٩٤ - وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٩ .

فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأنه المغطي وهو أدرى ببيان الوجه الذي كان عليه الإعطاء ما لم يكن الذي أعطاه يستنكر في العادة كونه من المهر كالأكولات مثلا ، فيكون القول قولها مع اليمين ، لأن الظاهر يشهد لها فيعتبر دليلا عند عدم البينة .

وإذا ثبت أن المدفوع من المهر وكان من جنس المهر وقعت المقاصة ، وإن كان من غير جنسه وكان قائما بيد الزوجة كانت بالخيار بين أن تحتسبه من المهر أو ترده إلى الزوج للرجوع بكل المهر إن لم تكن قبضته ، أو يباقيه إن كانت قبضت بعضه .

وإن كان قد ملك أو استهلك في يدها ، فإن كان مثليا فلها أن ترد مثله وتأخذ مهرها ، وإن كان قيميا احتسب من المهر بقيمته واستوفت الباقي من المهر .

وإذا ثبت أنه هدية لم يحتسب من المهر ولا يجوز استرداده ، لأن الزوجية من موانع الرجوع في الهبة ، وإذا كانت الزوجة قد قدمت لزوجها هدية بنفسها أو قدمها أبوها من مالها بإذنها ، فإن كانت قد منته قبل تقديم الزوج ما تنازعا فيه لا ترجع عليه بشيء لأنها قد منته هديتها هبة خالصة لم تقصد بها المعاوضة والزوجية مانعة من الرجوع في الهبة وإن كانت قائمة في يده .

وإن كانت قد قدمت له بعد أن قدم هداياه ، فإن صرحت عند الإهداء أنه عوض عما قدمه طائفة أنه هدية أو كان عرف للناس يقضي بأنه عوض رجعت عليه بما أهدته لأنه تبين أنه لم يجب لها شيئا حتى تموضعه عنه ، حيث رجع عليها واعتبر ما قدمه من المهر .

أما إذا قدم أبو الزوجة هدية من ماله للزوج فإنه يرجع عليه بما إن كانت قائمة أو بقيمتها إن كانت هالكة إذا كان دفعها على أنها عوض عن هدية الزوج ،

فإن لم يقصد بها التعويض أخذت حكم الهبة من أنه يرجع عليه بها إن كانت قائمة
فإن هلكت أو استهلك لا يرجع لوجود المانع من الرجوع في الهبة ، وهو
الهلاك أو الاستهلاك .

المبحث الثاني عشر

في الجهاز ومطاع البيت والنزاع فيها

الجهاز : ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة
إلى زوجها . إذا كان بيت الزوجية يضم الزوجين لأول مرة بعد أن دفع
الزوج لزوجته مهرها أو المجل منه ، بحيث لا تمتص لطلبه إلا بعد قبضه
وإعداد المسكن المناسب . فعلى من يكون جهاز البيت الذي يحتملها ؟

اختلف الفقهاء في ذلك . فمنهم من يطبق قانون الحقوق الزوجية من أن المهر
الذي تأخذه الزوجة ملك خالص لها ، وأن على الزوج أن يمسك الزوجة المسكن
الملائم لها قبل أن يطلبها للدخول في طاعته فلم يوجبوا على الزوجة جهازاً
ولا غيره ، بل جعلوا إعداد البيت قرشه وتأسيسه بكل ما يحتاج إليه على الزوج
حتى يكون مسكناً لائقاً بحياة الزوجين .

وما المهر إلا عطاء لازم يدفعه الزوج تقديراً لهذا المقدر وإبانة لخطره لتطمئن
المرأة إلى هذه الحياة الجديدة .

ومن هؤلاء الحنفية والشافعية . وعلى هذا الرأي يجري العمل في مصر ولبنان .

فقانون المائة ينص في المادة - ٨٩ - منه على أن : « المهر مال الزوجية
ولا تجبر على عمل الجهاز منه » .

ومن التقهات من لاحظ العرف الطارىء على هذه القواعد ، فيوجب على الزوجة تجهيز البيت حسباً تجري به العادة في جهاز مثلها بما قبضته من مهرها ، فإذا لم تقبضه قبل زفافها لا تطالب بالجهاز إلا إذا شرط عليها الزوج ذلك وقبلته ، أو جرى عرف الناس في بلدها بأن الزوجة تجهز البيت وإن لم تقبض صداقها ، فكان المهر عندهم يدفع للجهاز حسباً يجري به العرف ، ولذا يختلف مقداره من زوجة لأخرى بقدر ما يطلب الزوج عادة من جهاز .

ومن هنا قرروا أنه لا يجوز لها أن تنفق من مهرها شيئاً على نفسها ولا تقضي به ديناً عليها إلا إذا كانت محتاجة للنفقة ، فإنها تنفق منه وتكسي الشيء القليل بالمعروف^(١) .

وإذا كان إعداد الجهاز حقاً على الزوجة ، كان للزوج حق الانتفاع به على الرجة المعتاد وإن لم تأذن الزوجة بذلك .

ويتفرع على الرأي الأول : أن الزوجة إذا زفت إلى زوجها من غير جهاز أو بجهاز قليل لا يتناسب مع ما دفعه من المهر لا يحق للزوج الاعتراض عليه وليس له مطالبتها أو مطالبة أهلها بشيء زائد ، لأنها لا تجبر على ذلك ، فإذا جهزت نفسها بالمهر أو بشيء منه كانت متبرعة .

غير أنه في بعض الحالات قد يدفع الزوج للزوجة مبلغاً من المال زيادة على المهر بقصد إعداد الجهاز أو إعداده على شكل معين . فهل لهذا أثر في الموضوع بحيث يحل للزوج حق المطالبة بالجهاز أو يحمله على صورة معينة ؟

والحكم في ذلك يختلف حسب الصورة التي دفع بها الزيادة .

(١) للشرح الكبير بمأنية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢١ .

فإن كان دفعها بعد الاتفاق على المهر وصرح عند الدفع بأنها للجهاز. ألزمت الزوجة به في حدود هذا المبلغ ، وإن لم تقبل كان عليها رد ما أخذته إلا إذا سكنت بعد الزفاف عن المطالبة به فترة تدل على أنه رضي بعدم الجهاز ، فلا يحق له المطالبة به بعد ذلك .

وإن كان دفعه مع المهر بأن زادها على مهر المثل وقصد به إعداد الجهاز صراحة أو ضمناً بأن دل العرف على ذلك . وفي هذه الحالة يرى بعض الحنفية أنها لا تلزم بشيء لأن المهر مضاف إلى مهر المثل حتى خالص للمرأة وهذا يقول الجعفرية .

ونعيب البعض إلى أنها ملزمة به فيثبت له حق المطالبة إلا إذا سكنت فترة طويلة فيسقط حقه وعلى كل حال فالجهاز الذي تجهزه الزوجة قليلاً كان أو كثيراً يكون ملكاً خالصاً لها ، ولزوجها الانتفاع به ما دامت الحياة الزوجية قائمة لوجود إنفائها بذلك ، سواء كان ما دفعه من المهر مساوياً لمهر المثل أو أكثر منه .

الأب وجهاز ابنته

إذا جهز الأب ابنته البالغة المأقاة من ماله الخاص في صحته وسلمها للجهاز على أنه هبة لها ملكته بالقبض ، ولا يجوز له ولا لأحد من ورثته من بعده حق الرجوع عليها بشيء منه ، لأن الهبة تمت بتسليمها ويتمنع الرجوع فيها لوجود المانع منه وهو القرابة المحرمة .

ولو مات الأب قبل دفع ثمنه أو جزء منه بعد تسليمها له رجح البائع بالثمن على التركة ، وليس للورثة الرجوع عليها لأن الهبة تمت قبل الموت .

أما إذا تسلمته في مرض موته طبق عليه حكم الوصية وهو التنفيذ فيما يعادل ثلث تركته إذا لم يكن هناك وصايا أخرى ، ويتوقف فيما زاد على الثلث على

إجازة الورثة على ما هو معمول به في مصر والمذهب الجعفري ، وتوقف الكل على الإجازة على ما هو الراجح من مذهب الحنفية .

وإذا كان سلمه لها على أنه عارية كان له الحق في استرداده في حياته ، ولورثته بعد وفاته ، لأن العارية لا تقيد الملك التام .

أما إذا جهز بنته الصغيرة أو من في حكمها وهو في صحته ملكته بمجرد الشراء ولا يحتاج الملك إلى قبض منها ، لأنها في ولاية أبيها ويده كيدما ، ولأن الهبة هنا تتم بمجرد الإيجاب .

فالرسلته بعد ذلك لم يكن لأحد استرداده منها حتى ولو كان التسليم في مرض موته أو بعد وفاته ، فإن كان شرائه لها في مرض موته أخذ حكم الوصية .

ويلحق بذلك ما تدفعه الأم من أمتعة البيت لابنتها عند الزفاف والأب يعلم ذلك دون أن يعترض ، وكذلك إتفاقا من مال الأب على ما هو معتاد الناس فليس له الرجوع عليها بشيء ولا تكون الأم ضامنة له .

هذا إذا صرح بالهبة أو بالعارية ، أما إذا اشتراه ولم يصرح بأنه هبة أو عارية ، ثم وقع الاختلاف بين الأب وابنته فيقول هو عارية ، وهي تقول في حياتها أو زوجها بعد وفاتها إنه هبة . فالحكم على التفصيل الآتي :

في هذا الاختلاف يعتبر كل منهما مدعياً ، فإن أقام أحدهما البينة على دعواه حكم له بمقتضاها لعدم المعارض .

وإن أقام كل منهما البينة فإن وجد عرف رجعت بينة من يدعي خلافه . فإن كان العرف يجري بأن الأب يهب الجهاز لبنته رجعت بينة الأب الذي يدعي العارية ويحكم بها ، وإن كان العرف جرى على أنه يقدمه عارية رجعت بينة الزوجة أو زوجها بعد وفاتها ، ذلك لأن البنات شرعت لإنبات خلاف

الظاهر ، حيث أن الظاهر لا يحتاج إلى إثبات بالبيئة فتكون بيئة مدعي الظاهر لغواً والظاهر هنا ما يؤيده العرف .

فإن لم يكن عرف بأن كان بعض الناس يقدم الجهاز عارية والآخر يقدمه هبة تعارضت البيئتان ولا مرجح لأحدهما على الأخرى فلا يلتفت إليهما لتساوقهما ، ويكون القول قول الأب مع يمينه لأنه المعطي ، وهو أعلم بصفة تصرفه وإعطائه ، فإن حلف حكم له وإن نكل عن اليمين حكم لها ، وإن عجز عن إقامة البيئة حكم العرف في البلد أو في بيئة الأب ، فيكون القول قول من يشهد له العرف مع يمينه ، فإن شهد أن الأب يدفع الجهاز هبة حكم لها ، وإن شهد بأنه يدفعه عارية حكم للأب .

وإن لم يوجد عرف أو اشتبه الأمر كان القول قول الأب مع اليمين ، لأنه المتصرف وتعيين نوعه يستفاد من جهته .

وهذا التفصيل يجري في الاختلاف الواقع بين أحد الطرفين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما .

الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت .

يراد بمتاع البيت هنا كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز ، أو أدوات منزلية جدد بعد الزفاف .

قد يختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكنان فيه أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما فيدعي كل منهما ملكيته وفيه ما يصلح للرجال فقط ككتابه وأدوات الرسم والزوج رسام أو أدوات الهندسة أو الطب والزوج مهندس أو طبيب ، وما يصلح للنساء فقط ، كالخلي والملايس التي تلبسها المرأة وأدوات الزينة ، وما يصلح لهما كالمفروشات والأسرة والكراسي والأواني .

ففي هذه الحالة يعتبر كل منهما مدعياً وعلى المدعي إقامة البينة على دعواه ،
فإن أقام أحدهما البينة حكم له بها لعدم المعارض .

وإن أقام كل منهما البينة رجعت بينة من يدعي خلاف الظاهر ، والظاهر
هنا أن ما يصلح للرجال فقط يكون للزوج ، وما يصلح للنساء فقط يكون
للزوجة .

وعلى ذلك ترجح بينة المرأة فيما يصلح للرجال فقط لأنها تثبت خلاف
الظاهر ، وترجح بينة الرجل فيما يصلح للنساء فقط ، فيحكم بمقتضى البينتين ،
وتسقط البينتان فيما يصلح لهما لتعارضهما وعدم المرجح لأحدهما على الأخرى ،
ويكون القول فيه لمن يشهد له الظاهر مع يمينه ، والظاهر هنا يشهد للزوج لأنه
صاحب البيت فيكون ما فيه ملك له .

فإن حلف حكم له ، وإن امتنع عن اليمين حكم للزوجة ، لأن امتناعه عن
اليمين يعتبر إقراراً منه بدعواه أو تنازلاً منه لها .

وإذا عجز عن البينة يكون القول قول الزوج بيمينه فيما يصلح للرجال
فقط ، فإن حلف حكم له به ويكون القول قول الزوجة بيمينها فيما يصلح للنساء
فقط ، فإن حلفت حكم لها به ، وإن نكل أحدهما أو كلاهما عن اليمين يكون
إقراراً منه بدعوى الآخر فيحكم له .

وأما ما يصلح لهما ففي مذهب الحنفية رأيان :

أولهما : لأبي يوسف وهو : أن القول للزوجة في مقدار ما يميز به مثلاً في
المادة ، لأن عرف الناس جرى على أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا يجهاز
فيحكم لها منه يجهاز مثلاً ، وما زاد على ذلك يحكم به للزوج ، لأن البيت بيته
ويده هي المتصرف فيه .

وثانيهما : لأي حنيفة ومحمد وهو : أن القول للزوج بيمينه ، لأنه صاحب البيت ويده صاحبة التصرف فيه ، لكن هذا الرأي يترتب عليه إهدار العرف الجاري بين الناس من قديم الزمان . فرأي أبي يوسف أولى بالإعتبار ولا يختلف الحكم عنده بين هذه الصورة وبين ما إذا كان الحلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما^(١)

والملعب المحمدي : يقرر أن ما يصلح للرجال يكون للزوج مع يمينه ، إلا أن تقوم البينة على أنه للزوجة ، وما يصلح للنساء يكون للزوجة مع يمينها ، إلا أن تقوم البينة على أنه للزوج ، وما يصلح لهما فهو بينهما فمن أقام بينة منهما كان له ، فإن لم يكن لأحدهما بينة يحلف كل منهما على أن المتاع له خاصة ، ويمد التحالف يقسم بينهما مناصفة ، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر عن اليمين أعطى المتاع للخالف

(١) وكذلك عن محمد : لا اختلاف في الحكم بين الصور الثلاث ، ولكن أبا حنيفة يرى أنه عند اختلاف ورثة الزوجين يكون القول قول ورثة الزوجة مع اليمين ، لأن الظاهر يؤيد ورثة الزوجة .

الفصل الرابع

في الحق الرابع للزوجة وهو النفقة^(١)

وفيه مباحث

المبحث الأول

في التعريف بها ووجوبها وشروط استحقاقها

يراد بالنفقة : ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسبها تمارفه للناس .

وقد عرفها محمد بن الحسن لما سألته هشام عنها : « بأنها الطعام والكسوة والسكنى » وهي تجب لها عند الحنفية ومن وافقهم نظير احتسابها لمصلحة زوجها بحكم المقد الصحيح عليها متى كانت صالحة للحياة الزوجية .

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٢ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٢١ وما بعدها ، البدائع ج ٢ ص ٣ ، الشرح الكبير بمشقة النووي . ج ٢ ص ٥٠٨ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٧ ، منهاج الطالبين مع حاشيتي قليوبي وعميرة ج ٤ ص ٦٩ وما بعدها ، والفتاوى ج ٦ ص ٧٣٦ ، كشاف التنقيح ج ٥ ص ٤٦٩ وما بعدها ، الفقه على المذاهب الأربع ج ٤ ص ٥٥٤ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ وما بعدها ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٧ .

وقد ثبت وجوبها بالكتاب والسنة والأجماع والمقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى في شأن المطلقات « أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجِدَكن » الطلاق / ٦ أوجبت الآية على الأزواج إسكان المطلقات من حيث سكنوا حسب قدرتهم وطاقتهم ، وإذا وجب إسكان المطلقة فأسكان الزوجة أولى بالوجوب . حيث إن زوجيتها قائمة حقيقة وحكما ، والمطلقة لم يبق لها منها إلا أحكامها أو بعضها فقط .

والأمر بالإسكان أمر بالاتفاق لأنها لا غنكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة عنه بأصل الخلقة كما يقول صاحب البدائع ^(١) أو نقول : إذا وجب لها الإسكان وجب لها بقية الأنواع لأنه لا فرق بين نوع ونوع .

على أن الآية أوجبت الاتفاق عموماً للمطلقة الحامل « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن » .

وقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه » ففي الآية أمر بالاتفاق وهو مطلق يفيد الوجوب ، حيث لا صارف له عنه .

وأما السنة فقد وردت عدة أحاديث تفيد هذا الوجوب .

منها ما رواه أبو داود عن معاوية القشيري قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول في نساكننا ؟ قال « أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسبن ولا تضربوهن ولا تقبحوهن » ^(٢) .

ومنها ما رواه مسلم وغيره من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في

(١) ج ٢ ص ٣٣٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٣ .

حجة الوداع : « ولعن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وفي رواية « نفقتهن » .

وما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هنداً زوجة أبي سفيان قالت يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : « خذي ما يكفيك وولداك بالمعروف » (١) .

فلو لم تكن النفقة للزوجة واجبة على زوجها لما أمرها بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها بدون علمه ، لأنه لا يجوز أخذ شيء من أموال الناس بدون وجه حق .

وأما الأجماع : فقد أجمعت الأمة في كل المصور على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لم يخالف في ذلك أحد .

وأما المقول : فإن عقد الزواج يوجب على الزوجة تخصيص نفسها لمنفعة زوجها وتفرغها للحياة الزوجية . فهي تقوم على البيت ورعايته والأولاد وتربيتهم . فهي محبوسة على الزوج وهذا يمتنعها من التصرف والاكتماب فوجب نفقتها عليه ، ومن قواعد الشريعة ، أن من حبس نفسه لحق مقصود لغيره ولنفعته فكأن نفقته واجبة على ذلك الغير .

ولهذا المعنى وجب على الدولة نفقات موظفيها الذين حبسوا أنفسهم لنفقتها بقدر كفايتهم وكفاية من يمولوهم .

سبب استحقاق الزوجة للنفقة وشروط الاستحقاق .

سبب وجوب النفقة للزوجة : هو الزوجية الصحيحة غير أن الوجوب

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٤ .

لا يثبت بمجرد العقد^(١) كما في وجوب المهر . بل بما يترتب عليه من احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها بحيث يتمكن من الانتفاع بثمرات الزواج بأن تسلّم نفسها له حقيقة أو حكماً بدخولها في طاعته بالفعل أو باستئجارها لهذا الدخول^(٢) ما لم يوجد مانع شرعي يمنعها من ذلك .

فالوعد عليها وطلبها للدخول فليت الطلب وجب لها النفقة ، وإن امتنعت منه لمدر كعدم إيفائها بمجل صداقها أو عدم إعداد المسكن اللائق بالزوجة وجب لها النفقة كذلك ، وإن امتنعت بدون عذر فليس لها نفقة .

ويشترط لوجوب النفقة ثلاثة شروط :

أولها : أن يكون عقد الزواج صحيحاً شرعاً .

وثانيها : أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية ليؤدي احتباسها إلى غرات الزواج المقصودة منه شرعاً .

وثالثها : ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بغير عذر شرعي أو بسبب ليس من جهته ، فإذا توفرت هذه الشروط وجبت النفقة لا فرق بين الزوجة المسلمة وغير المسلمة . وإن لم تتوفر كلها أو بعضها لم يجب لها شيء .

ومن هنا وجبت لها النفقة في حالات وسقطت في حالات أخرى .

(١) للجفرية وأبان أحدهما أنها تجب بمجرد العقد ، وثانيها : وهو الإظهار عندهم ، أنها لا تجب إلا بتسكين الزوجة زوجها تسكيناً كاملاً بتسليتها بينها وبين زوجها في كل وقت وفي كل مكان يسوغ فيه الاستمتاع مع ملاحظة أنها لا تجب إلا في الزواج الدائم لا النقطع . شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ .

(٢) الشافعية تجب النفقة بتسكينها له من نفسها أو إظهاره بأنها مستعدة لذلك إذا كان خائباً .

المبحث الثاني

في أحوال النفقة وجوبها وسقوطها

تجب النفقة في حالات وتسقط في أخرى وإليك التفصيل :

الحالات التي تجب فيها النفقة :

١ - إذا كانت الزوجة سالحة للحياة الزوجية وانتقلت إلى بيت الزوج أو لم تستقل بالفعل ولكنها لا تمنع فيه لأنه يكفي منها الاستعداد لتسليم نفسها .

٢ - إذا فات على الزوج حقه بسبب منه كما لو كان صغيراً^(١) لا يصلح للمعاشرة الجنسية مع صلاحيتها لذلك ، أو كان مريضاً أو معيماً يعيب بمنه من ذلك كالجب والعمنة ، أو كان محبوساً في جوعة أو دين عليه ، وما شاكل ذلك .

٣ - إذا فات عليه حقه بسبب مشروع من جهتها . كما لو امتنعت عن تسليمها نفسها لعدم إيفائها بمجمل صداقها أو عدم إعداده المحكن الشرعي لها ،

(١) اللجب المالكي لا يوجب النفقة إذا كان الزوج صغيراً فيشترط لوجوبها أن يكون الزوج بالغاً . ويقول ابن رشد في بداية المجتهد : إن سبب الخلاف بين المذاهب في النفقة والثائق لوجوبها ، هو الخلاف في النفقة هل وجبت للاستمتاع أو لاحتباسها على الزوج كالغائب والريض .

وفي اللجب الجعفري وإبان . أحدهما أنه لا نفقة على الصغير للزوجة الكبيرة وهو ما ذهب إليه الطوسي في مسائل الخلاف . والثاني أنها تجب عليه وهو الأشبه كما يقول صاحب شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ لكن الشيخ محمد جواد مغنبة يرجع لقول الأول ، فيقول وهو الصواب ما دام المبرز الطبيعي مستقلاً من الزوج والصغير غير مكلف . وتكليف الولي لا دليل عليه ولا أقل من الشك في الوجوب فالأصل عدمه . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٩ ، ص ٣٢٠ .

أو تركت له بيته بعد دخولها في طاعته لأنه غير أمين على نفسها أو مالها .

الحالات التي لا تجب فيها النفقة أو تمسك فيها بعد وجوبها :

١ - إذا كان المقد باطلاً أو فاسداً حتى ولو سلمت المرأة نفسها للرجل الذي عقد عليها ، لأن هذا العقد واجب الفسخ فيكون التسليم بعده غير مشروع فيجب عليها أن يفترقا من تلقاء أنفسهما ، وإلا فرق القاضي بينهما .

ومثل ذلك إذا دخل بامرأة بشبهة من غير عقد عليها ، لأن هذا الدخول غير مشروع فلا يحق للزوج احتباس المرأة فضلاً عن أنه لم يسبقه عقد صحيح .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية : أن من عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين فساد هذا العقد بأن ثبت أنها أخته من الرضاع مثلاً ، كان له حق استرداد النفقة ، إذا كانت يفرض القاضي لأنه تبين أن الاحتباس لم يكن مشروعاً حتى تستحق النفقة في نظيرة (١) .

أما إذا كان سلمها النفقة بدون فرض القاضي فإنه لا يرجع عليها بشيء لاحتمال أنه متبرع بها فيرجع هذا الاحتمال لشبه النفقة بالصلة .

بخلاف صورة الفرض لأنه بالقضاء يكون ملزماً بدفع النفقة بناء على كونها مستحقة لها ، فإذا ظهر عدم استحقاقها رجع بما أدى لانتقاء احتمال التبرع

(١) ونحن نقول : ثم تبين أن الاحتباس كان غير صحيح فلا تستحق الزوجة في نظيره نفقة ، لكن أفلا يقال : إن الزوجة أخلت النفقة وهي تمتدد أنها حق لها ، وكذلك الزوج دفعها وهو يمتدد وجوبها عليه بناء على اعتقادهما صحة العقد فتكون قد انتقلت ما أخذته بسبب مشروع في الظاهر . فلا يرجع عليها به مطلقاً سواء كان يفرض القاضي أو بغيره ، ولو قلنا إنه يرجع عليها بما بقي منها عندها ولا يرجع عليها بما استهلكته أو أنها لا تستحق للنفقة المتجددة لكان موافقاً لما هو مقرر في نظائره . كمن ورت الفقر بناء على حكم القاضي يوقعه ، ثم تبين أنه سي غايته لا يرجع عليه بما استهلكته منه ويرجع عليه بما بقي في يده .

حيث لا يجمع تبرع وإلزام .

والجعفرية يوافقون الحنفية في ذلك إلا أنهم قالوا : إذا كان الزوج أعطى النفقة بدون فرض القاضي معتقداً أنها واجبة عليه فإنه يحق له الرجوع عليها بها أعطى لأنه لم يكن متبرعاً بها أعطى .

٢ - إذا كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الاستمتاع بها ولا تصلح لخدمة الزوج ولا مؤانسته لأن احتباسها وعدمه سواء باتفاق الحنفية والجعفرية .

وكذلك إذا كانت لا تصلح للمعاشرة الجنسية وإن صلحت للخدمة أو الانتناس بها عند أبي حنيفة وعمد الجعفرية ، لأن احتباسها ناقص ، حيث لا يمكن استيفاء المقصود الأصلي من الزواج منها ، ويرى أبو يوسف أن الزوج لو نقلها إلى بيته للانتناس بها وجبت عليه نفقتها ، لأنه رضي بهذا الاحتباس الناقص لما نقلها إلى بيته ، ولو لم ينقلها ما وجبت لها نفقة

والفقوى في المذهب الحنفي على هذا الرأي :

٣ - إذا كانت الزوجة مريضة مرضاً يمنحها من الانتقال إلى بيت الزوج فلا نفقة لها باتفاق الحنفية ، حيث لا يمكن احتباسها وهو المقابل للنفقة .

أما إذا كان المرض لا يمنحها من الانتقال إلى بيت الزوج فالفقوى به في المذهب الحنفي أنه يجب لها النفقة بعد انتقالها بالفعل إلى بيت الزوج أو عدم ممانعتها في الانتقال وإن لم تنتقل إليه ، لأن المرض طارئ يمكن زواله ، وعقد الزواج عقد للدوام فلا يسقط الحق الدائم بمرض من الموارض لا دخل للزوجة فيه .

هذا إذا كان المرض سابقاً على الزفاف ، فإن جاءها المرض بعده فلا تسقط نفقتها به سواء بقيت في بيت الزوجية أو انتقلت إلى بيت أهلها ما دامت

لا تمنع في الرجوع إليه . لكنها إذا امتنعت من العودة وهي تستطيع ذلك على أي وجه سقطت نفقتها لتتحقق النشوز منها في هذه الحالة . ويرى الجعفرية أن مرض الزوجة لا يسقط نفقتها بلا خلاف بينهم^(١) .

نفقات العلاج :

وإذا وجبت النفقة للزوجة المريضة غير الناشئة فهل يجب على الزوج نفقات علاجها أولا ؟ يرى فقهاء الحنفية أنها لا تجب عليه^(٢) لأنها ليست من النفقة بل تجب في مالها إن كانت غنية وفي مال من تلزمه نفقتها إن كانت فقيرة إذا لم تكن متزوجة .

وقد يقال : إن عدم الوجوب قد يكون معقولا إذا كان الزوجان غنيين أو فقيرين ، أو كانت الزوجة غنية والزوج فقيرا . لأنهما إذا كانا غنيين أو هي غنية يمكنها أن تعالج نفسها بدون ضرر يلحقها ، وإن كانا فقيرين فظاهر أنه لا يكلف الزوج بالعلاج وهو لا يستطيع القوت الضروري إلا بمجهود كبير ، أما إذا كانت فقيرة وزوجها غني فإن قواعد الإسلام العامة تقضي بالزامه بمعالجتها ، فإنه يجب على الأغنياء أن يغثوا المكروب ويعينوا المريض ، فالزوجة المريضة إذا لم يعالجها زوجها الغني وينقذها من كربها فمن يعالجها غيره من الأغنياء ؟

ألم يؤمر الزوج بمعاشرة زوجته بالمعروف ؟ ألم يؤمر بالإحسان إليها ! أمن الإحسان والمعاشرة بالمعروف تركها وهي مريضة لغيره يعالجها ؟

إن قيام الزوج بالعلاج إشارا لزوجته بأنه حرص عليها فترداد المودة

(١) فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٢٢٠

(٢) والشافعية والحنابلة كذلك لا يوجبون على الزوج نفقات العلاج ، والمالكية في الشهور عنهم ، ولكن بعض علمائهم يقبض إلى أنه يفرض عليه أن يعالجها بقيمة النفقة التي تفرض لها وهي طيلة من المرض .

بينها ، وعلى العكس من ذلك تركها لغيره يعالجها فإنه لا يترك في نفسها إلا
الأم والحسرة .

وإذا كان وجوب النفقة للأبقاء على حياتها . فحاجتها إلى العلاج أشد من
حاجتها إلى الطعام والشراب .

هذا ويرى بعض ^(١) فقهاء الشيعة أن السواء إذا كان من النوع الذي تكثر
الحاجة إليه بسبب الأمراض التي قلما يخلو منها إنسان فهي من النفقة الواجبة
على الزوج ، وإن كان من العلاجات الصعبة التي قلما تقع وتحتاج إلى مال كثير
فليست من النفقة في شيء ولا يلزم بها الزوج .

وهو تفصيل حسن : وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري والعراقي
بما يقرب من هذا .

٤ - إذا تركت الزوجة بيت الزوجية وخرجت من الطاعة أو أبت أن
تنتقل إليه بدون مبرر شرعي ، لأنها تعتبر ناشزة ، والنشوز تسقط النفقة ،
لأنه لا يتصور احتباس معه ^(٢) .

ومثل ذلك في الحكم ما إذا منعت زوجها من دخول بيتها الذي يقيم معها
فيه دون سابق إنذار له بطلب نقلها إلى بيت له وترك هذا البيت لتنتفع به في
غير السكن .

وهنا السقوط مغنياً بمدة النشوز فإن عادت إلى الطاعة عاد حقها في
النفقة ولا حق لها في المطالبة بتفقيتها عن فترة نشوزها .

(١) وسية النجاة لأبي الحسن الجعفري .

(٢) والنشوز عند الحنفية يتحقق بتفويتها الاحتباس فقط ، فإن تحقق الاحتباس وإن لم
تكن من نفسها فإنها تستحق النفقة . والذلل الأخرى أنها بمنها نفسها منه بدون مبرر شرعي
تسقط نفقتها .

بل قرر فقهاء الحنفية أن نفقتها السابقة على النشوز التي لم تستوفها قبله تسقط بهذا النشوز ولو كانت مفروضة بأمر القاضي ، ولا يستثنى من ذلك إلا مقدار ما استدانته فيها بإذن الزوج أو القاضي فإنه لا يسقط بنشوزها .

وقد نص قانون حقوق العائلة على أن النشوز مسقط للنفقة في المادة - ١٠١ - ونصها « إذا تركت الزوجة بيت زوجها بدون سبب مشروع وذهبت منه أو كانت في بيتها ومنعت زوجها من الدخول إليه قبل طلب نقلها لبيت آخر تسقط نفقتها مدة دوام هذا النشوز » .

٥ - إذا أخذها إنسان كرها وحال بينها وبين زوجها فترة من الزمان سقطت نفقتها لفوات الاحتباس على الزوج بأمر لا دخل له فيه .

وفي رواية عن أبي يوسف أنها تستحق النفقة ، لأن المانع من الاحتباس ليس من جهتها ، والفتوى في المذهب بالقول الأول ، لأن فوات الاحتباس وإن لم يكن بسبب من جهتها فهو ليس من جهة الزوج حتى يجعل الاحتباس قائماً حكماً .

والجعفرية يفصلون بين ما إذا كانت تستطيع تخليص نفسها وبين ما إذا كانت لا تستطيع ذلك ، ففي الحالة الأولى تسقط نفقتها لفوات الاحتباس من من جهتها ، وفي الثانية لا تسقط ، لأنها لم تتسبب في تقويت حق الزوج فلا تستحق هذا العقاب .

٦ - إذا حبست الزوجة ولو ظلماً بسبب ليس من جهة الزوج سقط حقها في النفقة لفوات حق الزوج بسبب ليس من جهته .

وعن أبي يوسف أنها إذا حبست بعد الزفاف لا يفوت حقها في النفقة لأنها معذورة في ذلك بعد ثبوت حقها في النفقة بالزفاف .

أما إذا كان الحبس لحق الزوج فلها النفقة باتفاق الحنفية ، لأنه هو الذي فوت على نفسه الحق في الاحتباس .

والجعفرية يذهبون إلى أنها إذا حبست بدين لغير الزوج تقدر على إيفائه سقطت نفقتها مدة الحبس ، أما إذا حبست بدين للزوج أو حبست بدين لغيره لا تقدر على إيفائه فلا تسقط نفقتها لأنها فوتت حق الزوج في الأول ، وفي الثاني الزوج هو الذي فوت حقه أو هي عاجزة عن الوفاء به فتعذر .

٧ - إذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم منها قبل الزفاف وبعدة أي سفر كان ولو للحج فلا نفقة لها ، لأنها فوتت حق الاحتباس على الزوج ، ولأنها عاصية بهذا السفر الذي لم يصحبها محرم فيه .

أما إذا سافرت بعد الزفاف للحج مع محرم منها كأبيها أو أخيها فلا نفقة لها عند أبي حنيفة ومحمد لتفويتها حق الزوج .

ويرى أبو يوسف والجعفرية والحنابلة . أنها لا تسقط نفقتها ، لأن أداء الفريضة ضرورة دينية يقتدر معها فوات الاحتباس .

وإذا سافر معها الزوج فلها النفقة بالاتفاق لتحقيق حق الاحتباس في هذه الحالة ، والنفقة الواجبة هنا نفقة الإقامة لا السفر إلا إذا كان الزوج هو الذي أراد السفر ابتداء ودعاها للسفر معه فإنه يجب لها نفقة السفر .

سفر الزوج بزوجته

إذا كان سفر الزوجة يسقط نفقتها ، فهل تسقط نفقتها إذا امتنعت عن

(١) يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ : لو سافرت بإذن الزوج لم تسقط نفقتها سواء كانت في واجب أو مندوب أو مباح . وكذا لو سافرت في واجب بدون إذنه كالطبع للزواج

السفر مع زوجها إذا أراد ذلك ؟

اختلفت الآراء في المذهب الحنفي في هذه المسألة .

فبعضهم يرى أنه ليس له السفر بها بدون رضاها ، لأن السفر مظنة الضرر يلحق بالمرأة حال غريبتها وبعدمها عن أهلها . وعلى ذلك لا تسقط نفقتها بامتناعها عن السفر .

ويرى فريق آخر أنه ليس لها الامتناع عن السفر ما دام الزوج قد أوفاهها بمعجل صداقها . فإذا امتنعت سقط حقها في النفقة لأنها تعتبر ناشزاً .

وبعضهم فصل في المسألة . فقد يكون في سفرها ضرر يلحقها . كأن يكون غير أمين عليها وتخشى الفرية ، وقد يكون سفرها مع زوجها لازماً لضرورات الحياة . كالوظف في جهة بعيدة عن وطن الزوجة أو له مال يستثمره هناك ولا يصلح إلا بمباشرة بنفسه فإذا لم تسافر يتضرر . فيفوض الأمر للقاضي يقدره ، فإذا وجد أن سفرها يلحق بها الأذى أو قصد به الزوج الكيد لها لا تسقط نفقتها بالامتناع عنه .

وإذا لم يكن فيه ضرر عليها ويلحق الزوج منه الضرر وكان قد أوفاهها حقها في معجل صداقها ألزمها بالسفر . فإن امتنعت سقط حقها في النفقة .

وقد استقر العمل في مصر على أن الزوج له حق السفر بزوجته إلى أي بلد متى توفرت الأمور الآتية :

- ١ - أن يكون للزوج أوفاهها معجل صداقها .
- ٢ - أن يكون أميناً على نفسها ومالها .
- ٣ - ألا يقصد من السفر الأضرار بها أو الكيد لها .

ومذهب الجعفرية في ذلك لا يخرج عن هذا .

٨ - الزوجة المحترفة : إذا كانت الزوجة تحترف عملاً يضطرها إلى أن تكون خارج بيت الزوجية طول النهار أو أكثره أو الليل كله أو أكثره ثم ترجع إليه بعد فراغها منه . كالوظيفة أو المحاماة أو الطيبة فهل تسقط نفقتها بذلك ؟ إذا كان ذلك برضا الزوج فلا تسقط نفقتها ، لأنه برضاه قد أسقط حقه في الاحتباس الكامل واكتفى منه بالتناقص .

أما إذا كان بدون رضاه وموافقة بأن شرط عليها ترك عملها عند عقد الزواج ولم توف بهذا الشرط سقطت نفقتها، لأنها فوتت بذلك حقه في الاحتباس الكامل الذي تستحق النفقة في نظيره .

وكذلك لو رضي به أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل لما يقترب عليه من اضطراب الحياة الزوجية ولم تجبه إلى طلبه سقطت نفقتها ما دام الزوج عنده القدرة على متطلبات الحياة ، لأن رفضها طلبه يعتبر نشوزاً منها ، والناشزة لا تستحق النفقة ، أما إذا كان عملها في بيتها كالخياطة أو القراءة والتأليف مثلاً بحيث لا يعطلها عن القيام بواجبات الزوجية فلا يسقط حقها في النفقة .

٩ - إذا ارتدت الزوجة بأن خرجت عن الإسلام سقطت نفقتها ، لأن ردها ترتب عليها فرقة جاءت من قبلها فأبطلت نفقتها .

فإذا ثابت وأسلمت وهي في العدة فإن نفقتها لا تعود . بخلاف الناشزة ، لأن ردها بطلت نفقتها بالفرقة . ومتى بطلت لا تعود ، أما النشوز فهو أمر عارض لا يبطل النفقة وإنما تسقط مؤقتاً فإن عادت عادت النفقة .

المبحث الثالث

في تقدير نفقة الزوجة وما يجب مراعاته فيه

قلنا إن نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكن والخدمة وكل ما يلزم الزوجة في معيشتها حسب العرف . وهذه النفقة بأنواعها قد يقوم بها الزوج من غير طلب منه فيقدم لزوجته الطعام والكسوة وهي لها السكن بكل ما يحتاج إليه . وهو الأصل في النفقة وتسمى نفقة التمكين ، فإن فعل ذلك لم يكن لها أن تطلب فرض نفقة لها ، لأنه مكنتها من كل ما وجب لها ، وإن لم يفعل كان لها أن تطلب فرضها ، ويجب عليه إجابة طلبها . فإن قدرها وتراضيا على ذلك انتهى الأمر ، وإن لم يفعل أو قدر لها ما لا ترضى به كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وعليه إجابة طلبها - متى ثبت عنده صحة دعواها - ويقدر لها النفقة بأنواعها ، وهذه هي نفقة التمليك . لأنه يملكها ما وجب لها وهي تنصرف فيه .

(١) المذهب الشافعي يرى أن تقدير نفقة الطعام والكسوة على حسب حال الزوج فقط . أما السكن فيفرض على حسب حال الزوجة لا بحسب حال الزوج ، والفرق بينهما ، أن الطعام والكسوة يعتبر فيها التمليك لأن الزوج يملكها إلهما وهو لا يملك إلا ما يقدر عليه ، أما السكن فالمتبر فيه التمة إذ الزوج لا يملك زوجته السكن وهو ملزم بأن يتمتعها حسب حالها . والحنابلة يوافقون الشافعية في السكن ويخالفونهم في الطعام والكسوة فإنه يعتبر لحالها مما . المذهب الأربعة ج ٤ ص ٦٣ وما بعدها ، وأما المالكية فكما جاء في الشرح الكبير ج ٧ ص ٩ . أن النفقة على عادة أمثالها فإن تساوى فالأمر ظلم ، وإن كان فقيرا لا قدرة له إلا على قدر أدنى الكفاية فالعبرة برصمه فقط ، وإن كان غنياً ذا قدر وهي فقيرة أجيبت لحالة أعلى من حالها ودرجته حاله ، وإن كانت غنية ذات قدر وهو فقير إلا أن له قدرة على أرفع من حاله ولا قدرة له على حالها وفيها بالقضاء إلى الحالة التي يقدر عليها .

ويجب عليه عند التقدير مراعاة الأمور الآتية :

١ - حالة الزوج المالية يساراً وإعساراً يقطع النظر عن كون الزوجة غنية أو فقيرة . فإن كان الزوج موسراً فرض لها نفقة اليسار ولو كانت الزوجة فقيرة ، وإن كان معسراً فرض لها نفقة بقدر ما يستطيعه ولو كانت الزوجة موسرة ، وإن كان متوسط الحال فرض لها نفقة وسطاً بين نفقة الموسرين والمسرير .

وهذا قول صحيح في مذهب الحنفية وهو مذهب الشافعية وعليه يجري العمل في مصر . كما نصت المادة - ١٦ - من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠^(١) .

وهو الذي صرح به النصوص الشرعية من قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سمته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه »^(٢) .
الطلاق - ٧ .

وقول رسول الله ﷺ للأزواج « أطمعوهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسبن » ولأن الزوجة الموسرة لا تزوجت المهر أقدمت على ذلك وهي راضية بما يقدر عليه من النفقة ، وعلى هذا سار قانون الأحوال الشخصية في سوريا في المادة - ٧٦ - والجعفرية في المصمتد عندهم^(٣) أن تقدير النفقة يراعى فيه حال الزوجة وحدها فتفرض لها نفقة اليسار إن كانت موسرة ولو كان الزوج معسراً ، ونفقة الإعسار إن كانت معسرة ، ونفقة الوسط إن كانت متوسطة الحال ، وأن على الزوج أن يؤدي ما يقدر عليه والباقي يكون ديناً في ذمته ياتزم بدفعه إذا أيسر ، لأن الزوج عندما يتزوج رضي بما رتبته عقد

(١) ونصها « تد نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة » وفي المذكرة الإيضاحية . أنه مأخوذ من مذهب الشافعي ومن قول صحيح في مذهب الحنفية .

(٢) يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ : قدز نفقة . القيام بها يحتاج إليه المرأة من طعام وكسوة وإسكان وخدمة وآلة الأعدان تبعاً لمادة أمثالها من أهل البلد .

الزواج عليه من واجبات ، ومنها الاتفاق عليها وفقاً لحالتها المالية وإلا لما أقدم على الزواج بها .

فيكون المعمول به في المحاكم الجعفرية ببلبنان في تقدير النفقة هو اعتبار حال الزوجة فقط ، أما المحاكم السنية فإن للعمل بها يجري وفق قانون العائلة ، وهو يوجب تقديرها حسب حال الزوجين كما نصت عليه المادة - ٩٩ - إذ تقول :

« إذا امتنع الزوج الحاضر عن الاتفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب ويأمر بإعطائها سلفاً عن المدة التي يعينها » .

وهذا رأي صحيح في مذهب الحنفية ، وقد كان يجري العمل عليه في مصر قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وعلى هذا الرأي سار قانون الأحوال الشخصية في العراق فنصت مادته - ٢٧ - على أنه « تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتها يسراً وعسراً » .

٢ - أن يراعي حالة الزوج من جهة قدرته على الدفع فيتبع ما هو أيسر عليه .

فإن كان من أصحاب الدخل اليومي كعمال اليومية قدرها عليه يومياً ، وإن كان من يأخذون أجرهم كل أسبوع قدرها عليه كل أسبوع ، وإن كان من أصحاب المرتبات الشهرية كالموظفين فرضها عليه كل شهر ، وإن كان من الزراع قدرها عليه حسب مواسم الحصاد .

هذا ما قرره الفقهاء تيسيراً على الأزواج في الدفع ، ولكن العمل يجري في المحاكم الآن على تقدير نفقة الطعام والسكن كل شهر . والكسوة كل ستة أشهر على اعتبار أنها تحتاج في السنة إلى كسوتين واحدة في الشتاء وأخرى للصيف .

وإن كان بعض القضاة يفرضها مبلغاً شهرياً للأفراوع الثلاثة .

٣ - حالة الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً ، لأن ما يفرض لها ما هو إلا عن لما يلزمها من حاجيات ، فإذا لم يراع الأسعار وقت الفرض لحق الضرر بأحد الزوجين .

تعديل التقدير

وإذا كانت مراعاة حالة الزوج وحالة الأسعار واجبة عند الفرض لثلا يضار أحد الزوجين فيجب مراعاة ذلك بعد الفرض عند التغيير الطاريء على أحدهما ، فإن تغيرت حالة الزوج من اليسر إلى العسر أو بالعكس فرضت النفقة من جديد حسب الواقع ، وكذلك عند تغير الأسعار من الرخص إلى الغلاء أو العكس .

وهذا طبيعياً يكون عند مطالبة من يلحقه العيب أو الضرر من الزوجين من التقدير الأول ، فالزوجة أن تطلب زيادة النفقة إذا ما ارتفعت الأسعار أو تغير حال الزوج إلى الأحسن ، وللزوج أن يطلب تخفيض النفقة إذا ما انخفضت الأسعار عن وقت الفرض أو تغير حاله من اليسر إلى العسر ، وعلى القاضي أن يجيب الطالب منها متى ثبت عنده صحة دعواه فيعدل للتقدير السابق .

وعليه أيضاً أن يستجيب لطلب التمديل من أحد الطرفين إذا ما تبين له أنه أخطأ في تقديره الأول ، وعلى هذا يجري العمل في مصر والمعاكم السنية في لبنان حيث تنص المادة - ٩٢ - من قانون حقوق المأثلة على « أن النفقة المقدرة يجوز تزديدها وتقصيها بتغير الأسعار أو بتبديل أحوال الزوجين عسراً ويسراً ويتحقق أنها أقل أو أكثر من قدر الكفاية » .

أما الجمفرية فقد سبق أن التقدير عندهم يراعي فيه حال الزوجة فقط في

أول أمرها . ولا يتغير بتغير حال الزوجين أو أحدهما يساراً وإعساراً ولكنه يتغير بتغير الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً .

المبحث الرابع

في تفصيل أنواع النفقة

النوع الأول « الطعام »

يجب للزوجة منه ما يكفيها وبما أنها تعيش مع زوجها في بيت واحد وهو يتولى الاتفاق عليها ويحضر لها ما تحتاجه . فإن قدم لها الطعام الكافي فلا داعي لتقديره وليس لها أن تطلب ذلك ، فإن امتنع عن إطعامها أو قصر فيه فلها الحق في أن تطلب منه تقديرًا معينًا لتقوم بنفسها بشراء ما تحتاجه ، ويجب عليه إجابة طلبها ، فإن امتنع رفعت أمرها إلى القاضي ليقدر لها كفايتها حسب حال الزوج المالية ، وله أن يفرض لها أصنافاً من الطعام يكلف الزوج بأحضاؤها أو يقدر لها مقداراً من النقود لتشتري هي به ما تحتاج إليه . وهو أيسر وأضبط ولذلك تميز المعاكم عليه .

النوع الثاني « الكسوة »

يجب على الزوج كسوة زوجته بمد العقد الصحيح وتوفر شروط وجوب النفقة بتسلم الزوجة نفسها أو استعداها لذلك .

فإذا أحضر لها ما تحتاج إليه من ثياب حسب حالته المالية والاجتماعية كما هو المعمول به في مصر ، أو حسب حالتها ومزلتها كما هو مقرر عند الجعفرية ،

أو على حسب حالتها مما كما سار عليه قانون حقوق العائلة ملاحظاً في عرف البلد الذي يعيش فيه الزوجان وجب على الزوجة قبولها .

وإن امتنع أو قدم لها ما لا يليق بها في الحدود السابقة كان لها أن ترفع الأمر للقاضي وعليه أن يفرض لها مبلغاً من المال كل ستة أشهر^(١) أو كل شهر مع ما يفرضه من الطعام كما يجب عليه أن يمدد التقدير من جديد إذا تبين خطأه في التقدير الأول متى طلبه من وقع عليه النعيب منها .

النوع الثالث « المسكن »

إذا كانت النفقة لا تجب للزوجة إلا بدخولها في طاعة زوجها أو استعانةها لذلك فمن لوازم ذلك أن يعد لها مسكناً شرعياً للأقامة فيه .

فإن أعده وكان ملائماً أقامت الزوجة فيه ، وإن امتنع أو أعد لها مسكناً غير لائق كان لها أن ترفع الأمر للقاضي ليأمره بإعداد المسكن اللائق أو يفرض لها مبلغاً من المال كل شهر مراعيّاً فيه ارتفاع الأسعار وانخفاضها .

والمسكن الشرعي هو ما يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش وأتية ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة ، ويراعي في ذلك حالة الزوج المالية من يسار وأعمار ووضع الاجتماعي^(٢) عند من يرى أن النفقة تكون حسب قدرة الزوج وحده وهو المعمول به في مصر ، أو حالة الزوجة ووضعها الاجتماعي عند من يرى أن النفقة تقدر حسب حالة الزوجة كما هو مذهب الجعفرية .

(١) لأن الفقهاء قرروا أن الواجب الأصلي في الكسوة كسوتان في كل سنة إحداها لمصيف والأخرى لشتاء ولا يجب غيرها إلا إذا ثبت عدم كفايتهما .

(٢) أي أن يكون للمسكن من يسكن فيه أمثاله سواء كان بيتاً مستقلاً أو غرفة من بيت إذا كان له قفل خاص ومرافق خاصة .

أو ملائماً لحالتها معاً كما سار عليه قانون حقوق العائلة .
والقول الأول هو الموافق لقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من
وجدكم » الطلاق ٦ ، وأن تتوفر فيه بعد ذلك حياة الاستقرار والراحة . بأن
يكون في مكان أهل بالسكان وسط جيران صالحين مأمونين ، فلا يسكنها في
مكان موحش لا جيران لها فيه ، أو لها جيران لا تأمنهم على نفسها أو مالها .

فإن فعل ذلك كان لها الحق في طلب الثقة إلى مسكن آخر ، وعلى الزوج
إجابتها إلى طلبها وإلا أمره القاضي بذلك إذا رفعت أمرها إليه وتأكد من
صحة دعواها .

وإذا كان المسكن مستوفياً للشروط السابقة لكنه يحاور مسكن زوجته
الأخرى فلا يكون مسكناً شرعياً ، لأن اجتماعها مع ضرتها في شقة واحدة إيذاء
لها . وقربها منها إذا كانا في شقتين من دار واحدة مظنة إيذاها ، وكلا الأمرين
غير جائز شرعياً .

أما إذا كان يحاور مسكناً آخر لأقاربه كأمه أو أخته فإنه يكون مسكناً
شرعياً إلا إذا ثبت أنهم يؤذونها بالقول أو بالفعل .

وإذا أعد لها المسكن المطلوب فليس له أن يسكن معها أحداً من أقاربه بغير
رضاها لأنها غالباً تتضرر من ذلك ، فقد يكون قريبه غير مؤتمن تخشى منه
على نفسها ومالها ، وإذا كان أميناً فقد يكون وجوده مانعاً لها من معايشرة
زوجها على وجه مرض .

ولا يستثنى من ذلك إلا ابنه الصغير غير المميز من زوجة أخرى فإنه يباح
له إساكنه معها بدون رضاها عند الحنفية ، لأن مثل هذا الصغير لا يخشى منه
على نفسها أو مالها كما لا يفوت بوجوده تمام العشرة الزوجية .

وشرط الجمفرية في ذلك عدم تضررها به وأن يكون متفقاً عادة أمثالها .

وكما لا يجوز للزوج إسكان أحد أقاربه معها بدون رضاها كذلك لا يجوز لها إسكان أحد من أقاربها بغير رضا الزوج ولو كان ابنها الصغير من غيره ، لأن البيت بيته وليس لها إلا حق السكن . والزوج غير مكلف بإسكان ابنها .

النوع الرابع « نفقة الخادم »

إذا كان الطعام والكسوة والسكن أموراً واجبة لكل زوجة فإن الخادم يختلف عنها لأنه ليس كل زوجة تخدم ، فيجب على الزوج في بعض الحالات ولا يجب في بعضها الآخر .

فإذا كان الزوج معسراً فلا يجب عليه إحضار خادم لزوجته ولا يكلف بنفقته ، لأنه يجب عليه نفقة الضرورة والخادم ليس ضرورياً .

وكذلك إذا كانت الزوجة من قوم يخدمون أنفسهم فلا يجب عليه نفقة خادم . لكنه إذا تبرع به وهو يقدر عليه كان حسناً .

أما إذا كان الزوج موسراً والزوجة ممن لا يخدمن أنفسهن فعليه إحضار خادم ويلزمه بنفقته ، لأن نفقة الخادم حينئذ من مكملات نفقات الزوجية ، فإن امتنع عن ذلك فرض القاضي لها أجراً لخادمتها .

هذا القدر متفق عليه بين أئمة الحنفية ،^(١) ولكنهم اختلفوا في وجوب نفقة أكثر من خادم .

(١) الشافعية يجب عليه أن يأتيا بخادم إذا كلت من لا يخدم نفسها ولو كان معسراً وإلا فلا يجب عليه إلا إذا كانت مريضة أو هرمة وإن لم تكن من يخدم عادة ، والحسابة يجب إذا كانت ممن لا يخدم نفسها ويلزمه نفقة الخادم بحسب ما يليق بالخدم ، وللألكيه . إذا كلت المرأة لا تخدم نفسها أو كان الزوج ذا جاه وقدر بحيث لا يصح لامرأته أن تخدم نفسها فاته يفرض عليه خادم لها أو أكثر إذا كان يستطيع ذلك فإن لم يستطع وجب عليها خدمة المنزل ، وعليه أن يساعدها بنفسه في أوقات فراغه من عمله . الشرح الكبير ج ٢ ص ٥١٠ .

فأبو حنيفة وعبد الجعفرية لا يلزمه إلا خادم واحد ، لأن الحاجة تندفع به والزيادة عليه ترف ، ويرى أبو يوسف أنه يجب عليه نفقة خادمين أو أكثر إذا كان الزوج موسراً واقتضت حاجة الزوجة ذلك .

والفتوى على قوله ، لأنه الموافق للعرف الذي يسير مع حاجة الناس . فمنهم من يكفي بخادم واحد ، ومنهم من يحتاج إلى أكثر . ومع تعارف الناس واقتضاء الحاجة لا يكون ذلك ترفاً ، هذا الخلاف فيما إذا لم يكن للزوجة أولاد فإن كان لها أولاد فإنه يفرض عليه أكثر من خادم اتفاقاً . يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير ^(١) « لو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد تقرض عليه النفقة لخادمين أو أكثر اتفاقاً » .

المبحث الخامس

في امتناع الزوج عن أداء النفقة وما يتخذ معه من إجراءات

إذا امتنع الزوج من أداء ما فرضه على نفسه أو فرضه القاضي عليه . فإن كان موسراً وله مال ظاهر باع القاضي من ماله ما يكفي للنفقة سجراً عنه وسلم للزوجة ثمنه لتنفق منه على نفسها ، وإن لم يكن له مال ظاهر مع ثبوت يساره كان للقاضي أن ينفره ويؤنبه على بماطلته .

فإن طلبت الزوجة حبسه أجابها وقضى بحبسه عقوبة له على مطله ، ولا يمنعه الحبس من أن يبيع ما ظهر من ماله ليوفي الزوجة حقها ، لأنه ليس عوضاً عنها بل هو وسيلة لحل على الاتفاق .

(١) ج ٣ ص ٣٢٩ .

وليس الحبس مدة مقررة ، وإنما تقديره مفوض للقاضي لاختلاف ذلك باختلاف الناس وإن كان روي عن أبي حنيفة أن أدنى مدته شهر وأقصاها ثلاثة أشهر . وروي غير ذلك والعمل يجري في مصر على أن لا يزيد عن ثلاثين يوما .

فالمادة ٣٤٧ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ تنص على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو السكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدورها عمل التنفيذ ومق ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به لامراته ولم يمثل حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فإنه يحل سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ويلاحظ أنه لا يحبس في دين واحد أكثر من مرة لعدم الفائدة في الحبس الثاني .

فإذا أعطى كفيلا بالنفقة لا ينفذ عليه الحبس كما لا يحبس الكفيل بل ينفذ حكم النفقة في ماله بالطرق الاعتيادية ، ولا يحتاج هذا التنفيذ إلى حكم جديد على الكفيل بالتنفيذ متى كانت الكفالة صادرة أمام موظف رسمي .

وإن كان المحكوم عليه بالنفقة مجبوراً عليه فيطالب وليه بأدائها من مال الزوج ، فإذا امتنع عن الأداء حكم عليه بالحبس إن كان للمجبر عليه مال يمكن استيفاء النفقة منه ، أما إذا كان الزوج معسراً لا يملك شيئاً وليس له كسب أو له مال لا يكفي إلا حوائجه الأصلية وطلبت الزوجة حبسه لا يجيبها القاضي إلى طلبها ، لأنه ليس ظالماً حتى يعاقب بالحبس ، ولأنه لا فائدة ترجى من وراء حبسه كما في حبس الموسر .

فالحبس في نفقة الزوجة لا يكون إلا إذا توافر شرطان

١ - أن تكون النفقة قد قدرت ومضى على تقديرها زمن دون أن يقوم بأدائها فتكون ديناً في ذمته .

٢ - أن تثبت قدرة الزوج على أداء النفقة .

وإذا لم يحبس فللزوجة طريق آخر تسلكه ، هي أن تستأذن القاضي في الاستدانة على الزوج وعليه الأذن لها ، فإذا لم تجد من تستدين منه كان على قريبها الذي تلزمه نفقتها - لو لم تكن متزوجة - أعطائها ما فرضه القاضي ويكون ديناً على الزوج يطالبه به إذا أيسر ، فإذا امتنع قريبها مع قدرته عن إعطائها جاز للقاضي بعد إنذاره وتهديده - أن يحكم عليه بالحبس حتى يعطيها النفقة ، وفي حالة الاستدانة من القريب يرجع على الزوج فقط . ومن الأجنبي كان الخيار في الرجوع على الزوج أو الزوجة .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة . فالمادة ٩٦ منه تنص على أنه « إذ عجز الزوج عن الاتفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب على أن تكون ديناً بذمة الزوج ويأذن الزوجة بأن تستدين باسمه » .

والمادة ٩٨ تنص على أنه « في الحالات التي تكون الزوجة المسرة مأذونة بالاستدانة من طرف الحاكم بموجب المواد السابقة ينظر من تلزمه نفقتها إذا كانت ليست بذات زوج فيلزم بأقراض الزوجة عند الطلب وفي الاستقبال له حق الرجوع على الزوج فقط ، أما إذا استدان من أجنبي فالدائن غير إن شاء طلب من الزوجة وإن شاء من الزوج »

وفي حالة إعسار الزوج . هل للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها لمعجزه عن الاتفاق ؟

مسألة اختلاف الفقهاء فيها .

فالحنفية والجمعوية يذهبون إلى أنه ليس لها هذا الحق ولو طلبته لا يجيبها القاضي إلى ما طلبته لأن المعجز عن النفقة أمر عارض يمكن زواله . وهو وإن كان فيه ضرر على الزوجة ، إلا أنه يمكن تداركه بالأذن لها بالاستدانة عليه .

أما التفريق ففيه ضرر يلحق الزوج ولا يمكن تداركه أو علاجه . فهنا تعارض ضرران ، والقاعدة المقررة أنه يرتكب أخفها .

والأئمة الثلاثة يذهبون إلى أن للقاضي أن يفرق بينها لهذا المعجز^(١) والأعصار كماله أن يفرق بينها لامتناعه عن الاتفاق مع قدرته عليه .

وعلى هذا يجري العمل في مصر بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، بعد أن كان العمل يذهب الحنفية قبل صدوره .

وإذا فرق بينها كان الطلاق رجبياً للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة بشرط أن يثبت قدرته على الاتفاق إذا كان التفريق بسبب الأعصار ، أو يثبت استعداده للاتفاق إن كان التفريق بسبب امتناعه عن الاتفاق مع قدرته على ذلك .

(١) المراد بالمعجز عن النفقة هنا المعجز عن أقل الكفاية الذي تقوم به الحياة من طعام وكسوة ومسكن لا المعجز عن النفقة المفروضة . وأن يكون المعجز عن النفقة الحالة والمستتجة أما المعجز عن النفقة التجمدة فلا فسخ به بالاتفاق ، وبعض المذاهب يشترط في جواز الفسخ ألا تكون علة بعيضه حين المقد ، وبعضها لا يشترط ذلك لاحتمال أنها رضىت به طمأناً أن يتكسب وتيسر حاله .

المبحث السادس

في نفقة زوجة الغائب

المراد بالغائب هنا من يتعذر إحضاره إلى مجلس القضاء لمحاكمته في النفقة التي تطالب بها زوجته سواء كان ذلك بسبب سفره أو باختفائه في البلد الذي تقيم فيه زوجته .

إذا غاب الزوج بهذه الصورة وطلبت زوجته من القاضي أن يفرض لها نفقة عليه .

فالحكم عند الحنفية يتلخص في أنه : إذا ترك مالا ظاهراً^(١) من جنس ما تقدر به النفقة كالنقود والحبوب وكان تحت يد الزوجة كان لها أن تأخذ منه مقدار نفقتها بالمعروف من غير حاجة إلى قضاء القاضي ، لأن قضاء رسول الله في قصة امرأة أبي سفيان ماض إلى يوم القيامة .

وإن لم يكن تحت يدها بل كان عند غيرها وديعة أو ديناً في ذمته وطلبت الزوجة فرض النفقة فيه أجابها القاضي وأمر من عنده المال بإيفائها مقدار النفقة إذا كان من عنده المال معترفاً به وبالزوجية أو كان للقاضي يعلم بها بهلا خلاف .

فإن لم يكن معترفاً بها أو بأحدهما ولا علم للقاضي بهما فإن أثبتت المرأة

(١) المراد بالمال الظاهر هو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المتادة بحيثى لائحة التنفيذ .
والطرق المتادة هي أن يبدأ بالتنفيذ من النقود إن كانت موجودة ثم من الثغولات ثم من المعاف
عند عدم الثغولات أو لم يكف منها في سداد المبلغ المطلوب منه .

زوجيتها بالبينة مع ملكيته لذلك المال أجابها القاضي إلى فرض ^(١) النفقة فيه على الراجح من المذهب وهو قول زفر ، لكنه قبل الحكم يستوثق من صدق المرأة في دعواها فيعطىها اليمين بأن زوجها لم يجعل لها النفقة وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة انتهت عدتها ثم يأخذ منها كفيلا بالنفقة . حتى إذا تبين كذبها وعاد زوجها رجع عليه أو عليها بما أخذته

فإذا امتنعت عن اليمين وتقديم الكفيل لا يحكم لها بالنفقة .

أما إذا كان ماله الظاهر ليس من جنس النفقة كالعقارات والحجوانات فإن القاضي يفرض لها النفقة ولا يبيع شيئاً من ماله ^(٢) ولكنه يأمرها باستيفائها من أجرة ما يؤجر من ذلك المال .

وإن لم يكن له مال أصلاً فرض لها النفقة وأذن لها بالاستدانة على الزوج بعد أن يحلفها اليمين السابقة ويأخذ منها كفيلاً بالنفقة المفروضة .

فإن لم تجد من يدينها أمر القاضي قريبها الذي تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بإدانتها .

فإذا طلبت منه تطليقها منه لأعمارها لا يحبسها إليه لما سبق بيانه .

والمذهب الجعفري يقرر أنه يفرض لها النفقة إذا أثبتت دعواها بالبينة في ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها وتأخذها منه إن كان من جنسها ، ويبيع منه ما يكفي للنفقة إذا لم يكن من جنسها ، ويحلفها بيمين

(١) والحكم من النفقة بناء على بينتها ليس حكماً بالزوجية بل لجرد إعانتها على الوصول إلى ما تمشى به .

(٢) أما عند أبي حنيفة فلا لأنه لا يجوز بيع مال الدين الحاضر جبراً عنه لسداد دينه وأما صاحبان وإن جوزا بيع مال الدين الحاضر للمتبع عن أداء دينه فالغالب لا يعلم امتناعه عن أداء دينه فلا يبيع ماله لسداد دين النفقة .

الاستيثاق ويأخذ منها كتيلا ، وفي حالة ما إذا لم يكن له مال ولا يوجد من ينفق عليها وطلبت فسخ الزواج أجلها الحاكم أربع سنوات وتحرى عنه فإن لم يعرف خبره طلقها الحاكم أو ولي الزوج ثم تعتمد عدة الوفاة .

ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان

كان العمل بمصر يسير على الرجوع من مذهب الحنفية وهو ما قدمنا لأنه يجمع بين مصلحة الزوجين معاً ولا يلحق بأحدهما ضرر . إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقرر في مادته الخامسة : أن نفقة زوجة الثائب تؤخذ من ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو لا ، فيباح منه مقدار ما يوفى بها .

فإن لم يكن له مال ظاهر وطلبت الزوجة تطليقها لعدم استطاعتها الحصول على نفقتها أجابها إليه على تفصيل سيأتي موضعه واليك نص تلك المادة .

« إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة في ماله . فإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تتفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للاتفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل . فإن كان بعيد النية لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المثل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تتفق منه الزوجة طلق عليه القاضي . وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يصسر بالنفقة » (١)

(١) الفرق بين الممول به وبين ملعب الحنفية الذي كان معمولاً به يظهر في أمرين :

أولهما : أنه يباح من ماله ما يجري النفقة الطلوية على الأول دون الثاني .

وثانيها : أنه يطلها لعدم الاتفاق بعد التثبت على الأول دون الثاني . واللازمة مأخوذة من المذاهب الثلاثة ، ويلاحظ أن المذهب المالكي لا يطالب الزوجة بكفيل يكفل لها ما يصرف لها من النفقة :

والمذهب الشافعي أن القاضي يأخذ منها كتيلا بما يصرف لها لجواز أن يكون قد مات أو طلقها طلاقاً باتاً ، وهذه ليست كفالة دين وإنما هي كفالة إحصار بمعنى أن الكفيل يحضرها إذا تبين عدم استحقاقها لما أخذته .

فإذا استوفت نفقتها بناء على هذا الحكم وعاد الزوج الغائب من غيبته ولم تكن الزوجة محقة فيما أخذته كان له أن يمارس في الحكم أو يدفع دعوى الزوجية بما يبطلها كأن يدفعها بأنها مطلقة انتقضت عدتها أو أنها ناشئة لا تستحق نفقة أو أنه عجل لها النفقة قبل غيبته ، فإن أثبت ذلك بالبينة نقض الحكم وكان له الرجوع عليها بما أخذته من ماله بغير حق .

أما في لبنان فالمحاكم الجمهرية تسير على المنهج الجعفري وقد قدمناه .
أما المحاكم السنية فتسير على قانون حقوق المائلة وقد قرر في المواد ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٠ ، أن زوجة الغائب إذا أثبتت الزوجية بالبينة وأث زوجها لم يترك لها مالا تنفق منه فرض لها القاضي النفقة بعد تحليفها بين الاستيثاق ويأذن لها بالاستدانة على الزوج ، فإذا طلبت التفريق بينها وبين زوجها لتمنر تحصل النفقة حكم بالتفريق بينها بعد إجراء التحقيقات اللازمة .

وإذا كان له مال بيد الغير أو بذمته وأقر ذلك الغير بالمال والزوجة أو أنكر ذلك وأثبتته الزوجة بالبينة قدر لها النفقة من ذلك المال أو من ثمنه اعتبار من يوم الطلب بعد أن يحلفها بين الاستيثاق .

المبحث السابع

في دين النفقة وأحكامه

متى تعتبر النفقة ديناً على الزوج ؟

اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة تجب على الزوج من وقت وجود سببها وهو العقد الصحيح مع تمكين الزوجة زوجها من نفسها . فإذا أداها سقط طلبها عنه .

وإذا لم يؤدها فترة من الزمن أنفقت الزوجة على نفسها من مالها أو من مال غيرها . فهل تكون نفقتها في تلك المدة ديناً يثبت في ذمة الزوج في جميع الأحوال يعق لها أن ترجع به عليه أو لا تكون ديناً كذلك فلا ترجع عليه بشيء ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين بناء على اختلافهم في هذه النفقة . هل تتساوى مع الحقوق المالية الأخرى في أنها إذا ثبتت لا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، أو أنها حق ضعيف في ذاته فلا تتساوى معها فلا يكفي ثبوتها للمجرد في صيرورتها ديناً بل لا بد من أمر وراء الثبوت يقويه ويرفعه إلى مصاف الحقوق الأخرى .

فالأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وابن حنبل » ومعهم الحنفية يذهبون إلى أن النفقة هنا حق قوي ثبت للزوجة عوضاً عن احتباسها لمصلحة الزوج ، وإذا كانت عوضاً فإنها تثبت ديناً قوياً في ذمة الزوج بمجرد إيفائها البذل وهو تمكينها الزوج من نفسها فلا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء كسائر الدين الأخرى ، ولا أثر لضي المدة في سقوطها كما لا تسقط عن مدة ماضية بنشوز الزوجة أو طلاقها أو موت أحدهما .

وعلى هذا لو امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته مدة أو عجز عنه لأي سبب كان لها الحق في مطالبتها بما طالت تلك المدة أو قصرت ^(١) .
والحنفية يذهبون إلى أن نفقة الزوجة لها شبهان . شبه بالمعوض وشبه بالصلة فليست عوضاً خالصاً . أما شبهها بالمعوض فمن جهة أنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها وقيامها بشؤون بيته .

(١) غير أن المالكية يقيدون وجوبها عليه بتجديد النفقة بما إذا كان موسراً في تلك المدة . أما إذا كان موسراً فيها أو بعضها فإنها لا ترجع عليه بنفقة زمن الأعسار . لأن قهرس يوجب سقوط النفقة عندهم . الشرح الكبير ج ٢ ص ٤١٧ .

وأما شبهها بالصلة فمن جهة أن المنافع التي تترتب على الاحتباس لا تعود على الزوج وحده بل تعود عليها مما فيكون واجباً عليها.

ومراعاة للشبهين قالوا : إنها تأخذ حكماً وسطاً بينها أي أنها لا تصير ديناً في حالة ، وتصير ديناً ضعيفاً في حالة ثانية ، وديناً قوياً في حالة ثالثة (١) .

فإذا لم يتراضا عليها ولم يحكم بها قاض لا تكون ديناً في ذمة الزوج بمضي المدة . فلو أنها أنقضت على نفسها من مالها أو من مال غيرها بالاستدانة بدون تراض منها أو حكم قاض بها فلا يعق لها المطالبة بتلك النفقة لأنها لا تصير ديناً في ذمة الزوج إلا إذا كانت المدة التي مضت أقل من شهر فإن الزوجة أن تطالب بنفقتها ، لأن هذه المدة القصيرة يصعب الاحتراز عنها حيث لا بد من مضي مدة لكي تتمكن الزوجة من التراضي مع زوجها على النفقة أو مقاضاته فيها . فتركها المطالبة مدة كبيرة دليل على أنها متبرعة بها .

أما طلبها في حدود شهر فهو دليل على أنها لا تريد تركها فاشتغرت هذه المدة القليلة لأن الحكم بسقوطها في تلك الفترة إجحاف بالزوجة .

وإذا تراضى الزوجان على النفقة أو حكم بها القاضي ولم يوجد إذن من الزوج أو القاضي لها بالاستدانة ومضت مدة طويلة على ذلك فإن النفقة تصير

(١) يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير « ليست النفقة بعرض من كل وجه بل هي عرض من وجه دون وجه ، لأنها جزاء الاحتباس . فمن حيث إنه لاستيفاء حقه من الاستمتاع وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس هي عرض »

ومن حيث إنه أنما لأمر الشارع وأمر مشترك كاعفاف كل منهما الآخر وتحصينه عن الفساد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقيم التكاليف هي حقة .

فلاختبار أنها عرض قلنا ثبت إذا قضي بها أو اصطلمها عليها لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه . ولاختبار أنها صلة قلنا تسقط إذا مضت المدة من غير قضاء وعملاً بالدليلين بقدر الأمكان .

ديناً في نعمة الزوج لها أن تطالب به مهما طالَّت المدة . لكنه دين ضعيف يسقط بالأداء أو الأبراء كالدين القوي كما يسقط بغيرهما كموت أحد الزوجين ونشوز الزوجة ، وطلاقها على رأي^(١) فلذا نشزت أو مات أحدهما سقطت النفقة المتجمدة .

أما إذا وجد مع التراضي أو القضاء إذن صريح من الزوج أو القاضي لها بالاستدانة واستدانت بالفعل ومضى على ذلك مدة فإنها تصير ديناً قوياً في ذمة الزوج لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، فيحق لها المطالبة بما تجمد منها في أي وقت ، ولا يسقط حقها بمضي المدة ، وإنما صارت ديناً قوياً في هذه الحالة لأن استدانتها بإذن الزوج تكون نيابة عنه ، فيكون الدين في ذمته ابتداءً لمن استدانت منه الزوجة ، وكذلك إذا كانت الاستدانة بأمر القاضي ، لأن أمره كأمر الزوج ، إذ القاضي أقم لرفع المظالم ، فإذا تميزت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم عن الزوجة ولم يأمر الزوج بها أمر القاضي بالنيابة عنه فيكون أمره كأمر الزوج فيستقر الدين في ذمته ابتداءً .

وقد كان العمل في المحاكم المصرية يسير على هذا المذهب إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأخذ بما هو مقرر في المذاهب الأخرى فنصت مادته الأولى على أنه « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الاتفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراخ منها ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الأبراء » .

وبهذا التشريع قضى على تلاعب الأزواج الذين كانوا يتمتعون عن الاتفاق

(١) : الصحيح أنها لا تسقط بالطلاق أما الطلاق الرجعي فله ظهور أنه حية لتضييع حق الزوجة فإذا سقطت نفقتها راجعاً بعد ذلك ، أما الطلاق البائن فينظر القاضي في حالة الزوجين قبل الطلاق فإن ظهر له من قرائن الأحوال أن الفرض منه إسقاط النفقة لا ينتهزه مسقطاً وإن ظهر له غير ذلك اعتبره مسقطاً وحكم يسقطها . ١ . هـ .

على الزوجات ويتحايلون على تأخير الاتفاق أو الحكم بالنفقة بشئ أنواع الجبل اعتاداً على أن المذهب المعمول به يسقط النفقة عن المدة الماضية ببعض شهر فأكثر ما لم تكن مستدانة بالأمر بعد التراضي أو القضاء . وأمنت الزوجات على نفقتهن من الضياع وانسد باب التلاعب أمام الأزواج فأصبح للزوجة الحق في أن تطالب بمتجدد النفقة وإن لم يسبق تراخ عليها أو قضاءها ، ولا يسقط هذا المتجدد منها كان يموت أحد الزوجين أو طلاق الزوجة أو نشوزها .

ثم ظهر عند تطبيق هذا القانون أنه بأطلاقه في مدة النفقة المتجددة السابقة فقد فتح باباً آخر للتلاعب ولكنه من جانب الزوجات في هذه المرة ، حيث عمد بعضهن إلى تأخير المطالبة بالنفقة - اعتياداً على أنها لا تسقط منها طالت المدة - مدة كبيرة ثم يطالبن بها دفعة واحدة ليوقن الأزواج في حرج بين . بل إن بعض من لا خلق له منهن ادعى زوراً الامتناع عن الاتفاق عليهن من زمن طويل ، وبأن ذلك للطبقين فمالج المشرع هذه الثغرة بتحديد أقصى مدة تسمع فيها دعوى النفقة في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فنصت المادة - ٩٩ - منه على أنه : « لا تسمع فيها دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ الدعوى » (١) .

ومن هذا الوقت امتلعت المحاكم عن سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية تزيد على ثلاث سنين ميلادية ، وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون خاصاً بهذه المادة : « أما النفقة عن المدة الماضية فقد رضى أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى ، ولما كان في إطلاق المطالبة بالنفقة المتجددة عن مدة سابقة على رفع الدعوى

(١) رتبت الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها في الجدول العمومي كما نصت عليه المادة - ٥٩ - من ذلك القانون .

احتمال المطالبة بنفقة سنين عدة تهرق الشخص المزم بها رثي من العدل دفع صاحب الحق في النفقة إلى المطالبة بها أولاً فلا يبحث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجعل ذلك من طريق منع «معا الدعوى» ، وليس في هذا الحكم ضرر على صاحب الحق في النفقة إذ يمكنه المطالبة بها قبل مضي ثلاث السنين .

ولكن هذه المذكرة لم تبين الحكمة من تحديد تلك المدة بثلاث سنين ولا سند ذلك التحديد ، ولعله اجتهد من واضعي مشروع هذا القانون ظنوه يحل المشكلة ، وما دام لم يوجد نص شرعي يستند إليه وقصد به رفع حرج عن الأزواج فقد أثبت التطبيق أن هذه المدة كافية لإيقاع كثير من الأزواج في الحرج ، لأنه قد يتجمع فيها مبلغ كبير .

فيجب على المشرع إعادة النظر في هذا التحديد لیسد هذه الثغرة وليس في إنقاص المدة ضرر على الزوجة لأنها ستطالب بحقها وتحصل عليه أولاً بأول وفيه رفع الحرج عن الزوج . هذا ما يجري عليه في المحاكم المصرية .

أما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تفسر على مقتضى المذهب الجعفري وهو يقضي بعدم سقوط متجمد النفقة مهما طال مدتها ولا يتوقف الحكم بها على قضاء سابق أو اتفاق بين الزوجين .

أما المحاكم السنية فتفسر على ما يقضي به قانون حقوق العائلة . وهو خليط من مذهب الحنفية والمذاهب الأخرى . حيث نصت المادة - ٩٥ - منه على أنه « تسقط نفقة المدة المارة قبل التقدير والتسجيل » والمراد بالتقدير فيها ما يشمل تقدير القاضي والقاضي بين الزوجين ، حيث نصت المادة المائة منه على أنه « لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة المقدرة قضاء أو رضاء بالطلاق أو وفاة أحد الزوجين ولا يسقط الغير ممتد ان بأمر المحاكم بالنشوز » فهو يتفق مع مذهب الحنفية في أن النفقة لا تكون ديناً قبل تقديرها بالتراضي أو بالحكم ، وأنها لا تسقط بمضي المدة بعد ذلك ولا بالطلاق على الرأي الراجح ، ويخالفه في أنها

لا تسقط بالنشوز، وإن لم تكن مستدانة بأمر الحاكم ولا بموت أحد الزوجين.

تعجيل النفقة :

إذا عجل الزوج لزوجته النفقة عن مدة مستقبلة كشهر أو أكثر ثم حصل في تلك المدة ما يقتضي سقوط النفقة كشوز الزوجة أو موت أحد الزوجين فليس للزوج ولا لورثته استرداد باقي النفقة المعجلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان باقياً أو مستهلكاً، لأن النفقة وإن كانت واجبة جزاء احتباس الزوجة وقد فات بهذا العارض إلا أن فيها شيئاً بالصفة، والصلاصلا تلك بالقبض فتكون كالحبة، والزوجية مانع من موانع الرجوع في الحبة .

وذهب محمد بن الحسن والشافعي وابن حنبل والجعفرية إلى أنه يجب على الزوجة أو ورثتها رد نفقة المدة الباقية سواء كانت باقية أو مستهلكة، لأن الزوجة تستحق النفقة جزاء احتباسها وقد فات بالموت أو النشوز فلا تستحق عوضه .

والعمل يجري في مصر على القول الأول باعتباره الراجح من مذهب الحنفية ولم يوجد في القوانين الصادرة ما يلغي العمل به .

وكذلك العمل بالمعالم السنية بليمان حيث نص قانون حقوق العائلة في المادة ٩٣ - على أن « النفقة تصير معجلة بالتعجيل وإذا استوفتها الزوجة ووقعت الوفاة أو الطلاق وهي موجودة حيناً بعدها فلا تسرد » .

فقد نصت على عدم ردّها في حالتي الوفاة والطلاق وسكتت عن حالة النشوز فيرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية وهو عدم الرد أيضاً . أما المعالم الجعفرية فتسير على مذهبهم وهو وجوب الرد مطلقاً .

الأبراء من دين النفقة :

إذا كان الأبراء لا يكون إلا عن دين ثابت في فمة الدين . فنفقة الزوجة

لا يجوز الأبراء عنها إلا إذا صارت ديناً في ذمة الزوج، وقد علمت أن مذهب الحنفية لا يعتبرها ديناً إلا بعد تقديرها بالقضاء أو التراضي، وأن المذاهب الثلاثة والمذهب الجعفري يعتبرونها ديناً بمجرد الامتناع عن الاتفاق بعد ثبوت وجوبها.

وعلى ذلك إذا تجدد للزوجة على زوجها نفقة من مدة ماضية فلا يصح إبراء الزوجة عنها عند الحنفية إلا إذا كانت مقدرة بقضاء أو بتراضي الزوجين. فإذا لم تكن كذلك لا يصح الإبراء عنها لأنها لم تثبت ديناً.

والمذاهب الأخرى يصحون الإبراء عنها لأنها تثبت ديناً في ذمة الزوج وهو الذي يبرري عليه العمل في المحاكم المصرية والمحاكم الجعفرية بلبنان.

أما المحاكم السنية فإن قانون العائلة لم يعرض لهذه المسألة. فهل يرجع فيها إلى الراجح من المذهب الحنفي وهو لا يصح الإبراء عنها إلا بعد فرضها؟

الظاهر ذلك. وهو ما تشير إليه المادتان السابقتان لأن مضمونها لا يعتبر النفقة ديناً إلا بالقضاء أو التراضي.

أما النفقة المستقبلية فلا يصح الإبراء عنها بالاتفاق لأنها لم تجب بعد والأبراء إسقاط لدين وجب الوفاء به.

واستثنى من ذلك النفقة المستقبلية عن مدة واحدة من المدد التي قوت فيها النفقة شهر أو أسبوع أو يوم بشرط أن تكون تلك المدة بدأت بالفعل، لأنه إذا بدأ الشهر مثلاً فقد وجبت النفقة فيه فيصح الإبراء، لأنه يجب تجبيز النفقة في أول المدة، ولا يصح الإبراء عما بعدها، فلو أبرأته عن نفقة شهرين أو أكثر من المستقبلية وقد بدأ الشهر الأول صح الإبراء عن الشهر الأول وبطل الإبراء عما بعده.

كما استثنوا الأبراء عنها إذا كانت نفقة عدة في الخلع فيما إذا خالها على أن تبرئه من نفقة المدة ، لأن الأبراء هنا في مقابلة عوض . هو تخليص الزوجة من عدة الزواج فمعتبر الأبراء استيفاء للنفقة قبل وجوبها ، فلا يكون الأبراء إسقاطاً محضاً . بخلاف إبرائه لا في نظير عوض فإنه إسقاط للشيء قبل وجوبه فلا يصح .

واستثنى الجعفرية الأبراء عن يوم واحد دخل أوله سواء أكانت مفروضة عن كل يوم أم عن كل أسبوع أم عن كل شهر أو سنة .

الكفالة بالنفقة :

يحدث في بعض حالات الزواج أن تطلب الزوجة أو وكيلها من الزوج أن يعطيها كفلاً بنفقتها وبخاصة عند ما يكون الزوج لا مال له حيث يعيش مع أهله من ماله .

كما يحدث بعد الزواج أن الزوج يريد السفر فتطلب الزوجة كفلاً ليعمن لها نفقتها مدة غيبة زوجها . فهل تجاب الزوجة إلى ذلك وتكون الكفالة صحيحة أو لا

إذا عرفنا موقف المذاهب من نفقة الزوجة ومتى تكون ديناً ثابتاً في فمة زوجها ، وطبقنا قاعدة الكفالة وأنها لا تكون إلا بدين صحيح قوي ثابت في ذمة المكفول عنه نستطيع أن نقول : إن جمهور الفقهاء الذين يعتبرون النفقة ديناً صحيحاً بمجرد وجود سببها دون توقف على القضاء أو التراضي يقولون بصحة الكفالة ، فإذا كفلاً إنسان جاز لها مطالبته بها إذا امتنع الزوج عن أدائها لا يفرقون في ذلك بين ما إذا طلبتها عند المقد أو بعده كان الزوج مقيماً أو يريد السفر . وإن كان للشافعية يقولون : إن الكفالة حق بالنفقة الماضية

أما المستقبل فلا كفالة بها إلا على إحصار الزوج ليدفعها .

وأن الحنفية الذين لا يعتبرونها ديناً قوياً إلا بعد تقديرها واستدانة الزوجة لها بالفعل بعد أذنها بذلك ، أما قبل ذلك فهي إما دين ضعيف أو ليست ديناً يقولون : إن القياس يقضي بعدم صحة الكفالة قبل أن تصير ديناً قوياً لأنه قبل فرضها لم يتقرر فيها شيء معلوم على الزوج حتى ترد عليه الكفالة ، وبعد فرضها قبل استدانتها وإن صارت ديناً إلا أنه دين ضعيف لا تصح الكفالة به ، لكنهم استحسنوا جواز الكفالة بها بعد الفرض على خلاف القياس ، لأنها صارت معلومة وضعفها لا يمنع من كفالتها ، لأن في ذلك رفقا بالزوجات وأعانة لمن على الوصول إلى حقن في النفقة التي تتوقف عليها حياتهن .

أما أبو يوسف فقد أجاز الكفالة بالنفقة مطلقاً قبل فرضها وبعمده لما فيه من تسهيل أمر حصول الزوجة على نفقتها وقوله هو المفتى به في المذهب .

والعمل يجري في مصر على صحة الكفالة بالنفقة مطلقاً لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٣٠ اعتبر نفقة الزوجة ديناً في ذمة الزوج بمجرد ورجوع سببها وإذا كانت ديناً ثابتاً صحت بها الكفالة ، من أجل ذلك جعل في الوثيقة الرسمية للزواج مكان خاص بالكفالة ليدون فيه كفالة الكفيل للزوج في المهر والنفقة أو في أحدهما .

وكذلك العمل في المحاكم النسبية في لبنان ، لأن قانون حقوق العائلة لم يصرح بحكم الكفالة فيكون العمل فيها بالراجع من مذهب الحنفية وهو قول أبي يوسف السابق الذي يصحح الكفالة بها مطلقاً .

أما المحاكم الجماعية : فتسير على المذهب الجعفري وهو لا يجعل للزوجة الحق في أخذ كفيل بالنفقة المستقبلية جبراً على الزوج مطلقاً فرضت أو لم تفرض ،

لأنها لم تثبت ديناً في ذمة الزوج والكفالة إنما تكون بدين ثابت ، ولهذا لم يجوزوا الأبراء عنها إلا عن يوم واحد بدأ بالفعل ، أما النفقة المتجمدة السابقة فقد أصبحت ديناً ثابتاً في الذمة فلا مانع من كفالتها (١) .

وعلى هذا إذا أراد الزوج السفر وخشيت الزوجة ألا تحصل على نفقتها مدة غيبته فطلبت كفيلاً يضمن لها نفقتها مدة غياب زوجها .

فأمر حنيفة يذهب إلى أنه لا يجيبها إلى طلبها إلا إذا كانت النفقة مفروضة لمدة شهر واحد استحصاناً ، أما في غير ذلك فلا تجوز الكفالة بها .

أما أبو يوسف فسار على مبدئه من إطلاق صحة الكفالة بالنفقة مطلقاً . فيجب على القاضي إجابة طلبها ويجبر الزوج على إعطائها كفيلاً بمدة النسيئة قصيرة أو طويلة .

والفتوى على قوله لما فيه من حفظ حق الزوجة وأيسر طريق لها في الحصول على نفقتها ولا ضرر فيه على الزوج . وهو قول الأئمة الثلاثة (٢) .

المقاصة بدين النفقة

يحدث في بعض الأحوال أن يكون للزوج دين على زوجته كمن شيء بأعاه

(١) يقول الحلبي في شرائع الإسلام ج ١ ص ٧٧ في كتاب الضمان «ويمض ضمان النفقة للمنفقة والمخاضرة للزوجة لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستبقة .

(٢) واجمع الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٠ . وكشاف القناع ج ٥ ص ٤٨٠ .

لها في الوقت الذي يكون للزوجة نفقة متجمعة ، فإذا أراد أحدهما إسقاط ماعليه في نظير ماله عند الآخر بطريق المقاصة فهل يجاب إلى ذلك ؟
من المتفق عليه بين الفقهاء أن الدينين المتساويين تقع المقاصة بينهما بطلب أحد الطرفين ولو لم يرش الطرف الآخر ، وإذا لم يتساويا فإنه لا يجاب طلب صاحب الدين الضعيف إلا إذا رضي الطرف الآخر .

وإذا كان دين النفقة قد اختلف فيه الفقهاء على الوجه السابق . وأنه عند الأئمة الثلاثة ومهم الجعفرية دين صحيح فتقع المقاصة بين الدينين جبراً عند طلب أحدهما لا فرق بين أن يكون الطالب الزوج أو الزوجة لتساوي الدينين في القوة ولا يكون للآخر حق الامتناع ، غير أن الحنابلة والجعفرية شرطوا لإيجاب طلب المقاصة فيما إذا كان الطلب من الزوج عن النفقة المستقلة أن تكون الزوجة موسرة ، فإن كانت معسرة لا يجاب إلى طلبه إلا إذا رضيت الزوجة بذلك ، لأن قضاء الدين لا يكون إلا فيما يفضل عن القوت حيث إن إحياء النفس مقدم على وفاء الدين .

أما الحنفية فيقولون : إنه يجاب طلب المقاصة من الجانبين إذا كانت النفقة ديناً قوياً بأن كانت بعد القضاء أو التراضي واستدانتها الزوجة بأذن سابق ولا يجوز للآخر الامتناع ، أما إذا كانت غير ذلك فإنه يجاب طلب الزوج ، وإن لم ترش الزوجة لأن دينه أقوى من دينها ، أما طلب للزوجة فلا يجاب إلا إذا رضي الزوج بذلك .

هذا والمعمول به في مصر هو أن المقاصة من أحد الجانبين مقبولة وليس للآخر الخيار ، لأن القانون أخذ بمنهج الأئمة الثلاثة في دين النفقة وهو اعتبارها ديناً قوياً فتساوى مع ما للرجل عليها ، وكذلك في المحاكم السنية ببلبنان إذا

كانت النفقة مفروضة بالتراضي أو القضاء ، أما قبل فرضها فطلب المتعاضة من الزوجة لا يجاب إلا بموافقة الزوج .

أما في المحاكم الجعفرية فبمقتضى مذهبهم الذي يشترط لأجابة طلب الزوج للعقصة يوماً فيوماً أن تكون المرأة موسرة أو ترضى بذلك ^(١) .

(١) ففي شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٧ : إذا كان له على زوجته دين جاز أن يقامها يوماً فيوماً إن كانت موسرة ، ولا يجوز مع إصاها لأن قضاء الدين فيها يفضل عن القوت ولو رضيت بذلك لم يكن له الامتناع .

القسم الثاني

في فرق الزواج

وفيه أربعة أبواب

الباب الأول : في المطلق وأقسامه

الباب الثاني : في التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء،

الباب الثالث : في اللعان والأيلام والظهار

الباب الرابع : في المدة وأنواعها وأحكامها

فرق الزواج

تمهيد : في التعريف بالفرق وبيان سبب شرعيتها ، والفسخ والطلاق والفرق بينها .

الفرق جمع فرقة : وهي في اللغة اسم من الافتراق ضد الاجتماع . أهم من أن تكون بين الزوجين أو بين كل مجتمعين ، والفقهاء يريدون بها انقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين ، وكما تطلق على الأمر تطلق على السبب المشروع الموصل إلى ذلك . كتطليق الزوج زوجته ، وظهور ما يقتضي انفساخ الزواج أو حكم القاضي به ، وإذا كان عقد الزواج مشروعاً لمقاصده العظيمة التي بينها فيها سبق وهو لا يحققها إلا بدوامه واستقراره ، وأن الشارع أرشد إلى الوسائل الموصلة إلى هذا الاستقرار وحض عليها في أكثر من نص . فمن حسن اختيار للزوجة . « فاطر بذات الدين تربت يداك » إلى تحذير من الانخداع بالجمال القبيح « إياكم وخضراء الدمن » إلى حسن المباشرة والتسامح في المعاملة « وعاشروهن بالمعروف » . إلى نهى عن أسباب المضارة « ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا » . إلى التنبيه إلى أن مجرد الكرامة الطارئة لا يكفي في الأقدام على المفارقة « فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً » ، وهذا في الواقع تشكيك في الشهور بالكرامة للزوجة ، وفي هذا يقول رسول الله ﷺ : « لا يضركم مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر » أي لا يفيض مؤمن مؤمنة فيتركها لذلك .

ويقول عمر لمن أراد أن يطلق امرأته لأنه لا يحبها : ويحك أولم تكن البيوت
إلا على الحب ؟ فأين الرعاية وأين التذمم ؟^(١) يريد : أين ما عليك من واجب
الرعاية وقد جعلك الله قواماً على الزوجة والأمة ، وأين الترفع عن ارتكاب
ما يتنافى مع الكرامة الإنسانية .

ومن توجيه إلى الإصلاح الداخلي بينها إن بدر النزاع من جانب الزوج وإن
امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً
والصلح خير ، أو التأديب المرتب من جانب الزوج إذا ما انحرفت المرأة
« واللاتي يخافون نشوزهن فعضوهن وامجروهن في المضاجع واضربوهن فإن
أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

فإن عجزاً عن الإصلاح أو لم يقد التأديب انتقل الإصلاح إلى الأهل على
مستوى الجماعة « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من
أهلها إن يريدوا إصلاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً » .

فإذا لم ينفع التأديب ولم يؤد الإصلاح إلى تبيحة واستحكم النزاع واتسعت
شقة الخلاف فليس من المصلحة في شيء بقاء تلك الزوجية المضطربة ويتمين
فصم عراها ليستأنف كل منها حياة زوجية أخرى تؤتي ثمرها « وإن يفرقا
يفن الله كلا من سمته وكان الله واسماً حكيماً » فكان الطلاق علاجاً لما
استعصى من أمراض الزوجية . فهو لم يشرع إلا للعلاج لذا كان وضعه في غير
موضعه بفيضاً إلى الله يشير لذلك حديث رسول الله « أبغض الحلال إلى الله
الطلاق » .

ومن أمعن النظر في طريقة تشريعه والكيفية التي رسمها الشارع لإيقاعه
لا يداخله شك في أنه سبيل من سبل العلاج يعطى في وقت معين وبطريقة خاصة

(١) يقال . تلم الرجل من كذا أى تركه وغماً واستكفاً من فعله .

فقد جعله على مراحل ثلاث « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... إلى أن قال « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » .

ثلاث تطبيقات لا ينتقل رباط الزوجية في الأولين منها ، بل تبقى المرأة في بيت الزوجية انتظاراً لرغبة الزوج في العودة إليها (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدتهن واحصوا للعدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » .

فإن شاء أعادها دون أن يتدخل أحد في ذلك « ويعولتن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » ، فإذا ما راجعها في هاتين أثناء العدة أو بعد عليها بعد انتهائها عادت الحياة الزوجية ، فإن تنازعا بعد ذلك وكانت الثالثة انقطع الرباط وانتهى الحل بينهما ، ولا يملك إعادتها إلا بعد التجربة القاسية وهي التزوج بزواج آخر والدخول بها ، فإذا ما رغب عنها في أي وقت وطلقها وانتهت عدتها حل لأول أن يقدم على زواجها مرة أخرى « فإن طلقها فلا جناح عليها أن يراجعها إن ظن أن يقيا حدود الله » ، وبهذا يتبين أن الفرق بين الزوجين شرعت في الإسلام لمعالجة ما يطرأ على الحياة الزوجية من طوارئ تهددها ، فند يخطئ أحد الزوجين في اختيار الآخر ، ولا يتبين له ذلك الخطأ إلا بعد الزواج ، فقد يكون بأحدهما عيب لا تستقيم الحياة الزوجية معه ، وقد يطرأ أمر لم يكن في الحسبان فتحل النفرة محل الوفاق .

أنواع الفرق : تتنوع الفرق إلى نوعين . فرق تعتبر طلاقاً ، وفرق تعتبر فسخاً :

والفرق بينها : أن الطلاق إنهاء للعقد الزواج في الحال إن كان باتناً أو في المال إن كان رجبياً ، والفسخ نقض للعقد ورفع له إما من أساس وأوله

كان لم يكن كالفسخ بخيار البلوغ أو الأفاقة ، وإما من وقت وقوع سببه كما في ارتداد أحد الزوجين .

وهذا التقسيم يظهر أثره في أمور :
أولها : أن الفرقة التي هي طلاق تحسب من المدة الذي يملكه الزوج من التطليقات ، فلو عادت إليه بعد الطلاق عادت بها بقي من الثلاث ، والفرقة التي هي فسخ لا تحسب منها .

وثانيها : أن الطلاق غير المكمل للثلاث يلحقه الطلاق في المدة ، لأن المقد باق بعده ، وأما الفسخ فلا يلحقه طلاق في المدة ، لأن الفسخ - كما قلنا - نقض للمقد فلا محل للمقد ، ويستثنى من ذلك ما إذا كانت الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبانها عن الأسلم فإنه يقع عليها الطلاق في المدة عقوبة وزجراً لها .

وبهذا أخذ قانون المائدة في المادة - ١٠٣ - ونصها : محل الطلاق المرأة المتكوجة بالنكاح الصحيح أو المعتدة أما الزوجة المعتدة التي فسح نكاحها ليست محل الطلاق .

ثالثها : أن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الحاقلة الصحيحة توجب للزوجة إما نصف المهر أو الثمة ، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة ، ويستثنى من ذلك إذا كانت الفرقة بسبب ارتداد الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإنه يجب للزوجة نصف المهر أو المهر .

وقد وضع فقهاء الحنفية ضابطاً لكل من النوعين فقالوا :
إن الفرقة تكون طلاقاً إذا كانت من قبل الزوج أو من ينوب عنه من وكيل أو قاض بلفظ من ألفاظ الطلاق أو الخلع ، والفرقة التي يوقمها القاضي بسبب

عيب الزوج والتي توقعها المرأة بتفويض من الزوج .

وتعتبر فسخاً إذا كانت بسبب ما اقترن بالعقد مما يفسده أو يحمله غير لازم سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة ، أو طراً عليه مما يوجب حرمة المصاهرة منهما أو من جهة الزوجة من غير تفويض من الزوج كردتها أو إياها عن الإسلام وهي غير كتابية ، هذا باتفاق أئمة المذهب ثم اختلفوا في أمرين :

١ - ردة الزوج أو إياها عن الإسلام إذا أسلمت الزوجة . فأبو يوسف يذهب إلى أن الفرقة فسخ فيها لأنها من قبل الزوجة فسخ بالاتفاق والسبب متحد .

ويرى محمد أنها طلاق فيها لأنه واجب عليه الطلاق في هذه الحالة ، فإذا لم يفعل فاب القاضي عنه ، وأبو حنيفة يعتبر الفرقة بإياه الزوج عن الإسلام طلاقاً للمعنى الذي قاله محمد ، وبالردة فسخاً لأن الردة كالولت والفرقة لا تعتبر طلاقاً .

٢ - الفرقة باللمان فأبو حنيفة ومحمد طلاق بآئن لأنها تزول بتكذيب الزوج نفسه ، وبقولهما يجري العمل ، وأبو يوسف يعتبرها فسخاً لأنها مؤبدة .

فيتلخص من ذلك أن الفرقة تكون طلاقاً في المواضع الآتية :

١ - ما تكون بلفظ من ألفاظ الطلاق - ٢ المخلع - ٣ الأيلاء وهو أن يحلف الزوج ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر ، فإذا مضت دون قريان طلقت منه طلاقاً بآئنة - ٤ - التفريق لسيب في الزوج ككونه عتيقاً أو مجبوراً .
٥ - التفريق باللمان عند أبي حنيفة ومحمد - ٦ - التفريق بسبب امتناع الزوج عن الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد وهو الراجح في المذهب ، ويلحق بهذا التفريق لعدم الاتفاق أو للقبية ، والتفريق لسوء العشرة ما هو معمول به في مصر وهو مأخوذ من مذهب المالكية والحنابلة .

وتكون فسخاً في المواضع الآتية :

- ١ - التفريق لعدم صحة العقد - ٢ - التفريق بما يوجب حرمة المصاهرة منها - ٣ - التفريق بخيار البلوغ أو الأفاقة منها - ٤ - التفريق لعدم كفاءة الزوج أو نقصان المهر - ٥ - التفريق بسبب ردة الزوجة أو امتناعها عن الإسلام بالاتفاق، وردة الزوج على الرجوع من مذهب الحنفية والشافعية - ٦ - امتناع الزوج عن الإسلام عند إسلام الزوجة عند أبي يوسف .

وبعد هذا تنقسم الفرق مطلقاً - سواء كانت طلاقاً أو فسخاً - إلى نوعين نوع لا يحتاج إلى قضاء القاضي ونوع لا يقع إلا بالقضاء .

والحد الفاصل بينهما : أن ما كان سببها ظاهراً لا خفاء فيه لا تحتاج إلى قضاء القاضي .

أما ما كان سببها خفياً يؤدي إلى الخلاف والنزاع بين الزوجين فتحتاج إلى القضاء ليفصل ذلك النزاع .

ويظهر أن ذلك الفرق في أن الفرقة التي تحتاج إلى القضاء لا يتأثر عقد الزواج بها قبل القضاء فتبقى الزوجية إلى أن يقضي بها ، فلو مات أحد الزوجين قبل القضاء ورثه الآخر ما لم يمنع مانع من إرثه ويكمل المهر للزوجة بالموت ، أما التي لا تحتاج إلى القضاء فتعتبر موجودة بمجرد وجود سببها ، فلو مات أحدها قبل أن يفترقا لا يرث أحدهما الآخر .

فإن الفرق التي تحتاج إلى القضاء :

- ١ - الفرقة بسبب خيار البلوغ أو الأفاقة سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة - ٢ - الفرقة بسبب اللعان - ٣ - الفرقة بسبب عدم الكفاءة .
- ٤ - الفرقة بسبب العيب في الزوج - ٥ - الفرقة بسبب إياه أحد الزوجين عن

الإسلام عند إسلام الآخر . ٦ - الفرقة بسبب الشقاق والمصاراة بالزوجة أو غيبة الزوج أو حبسه أو عدم النفقة للأعسار أو الامتناع عنها .

أما التي لا تحتاج إلى القضاء .

١ - ما كانت تلفظ من ألفاظ الطلاق أو الخلع - ٢ - ما كانت بسبب الإيلاء - ٣ - الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين ، أما إذا ارتدا معا فلا يفرق بينهما على الراجح من مذهب الحنفية ، فلو عادا إلى الإسلام مما كانت الزوجية الأولى باقية ولا يحتاجان إلى عقد جديد .

٤ - الفرقة بسبب ما يوجب حرمة المصاراة من أحد الزوجين - ٥ - الفرقة بسبب فساد العقد . هذا للتقسيم عند الحنفية . أما الجعفرية فيذهبون إلى أن الفرقة مطلقاً طلاقاً أو فسخاً لا تحتاج إلى القضاء .

البَابُ الأول

في الطلاق

وفيه فصول

الفصل الأول

في التعريف وحكمة تشريعه ولمن يكون حق الطلاق وصفته الشرعية

مادة الطلاق والأطلاق في اللغة : تدل على الأرسال ورفع القيد والمفارقة .
يقال : أطلق الأسير إذا أرسله ورفع قيده ، وطلق بلده إذا فارقه ، وطلق زوجته أي فارقه وحل رباط الزوجية ، وإن كان العرف ينص للطلاق برفع القيد المعنوي ، والأطلاق برفع القيد الحسي .

فالطلاق في الاصطلاح : هو حل رابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو المال .

فاللفظ المخصوص هو ما كان صريحاً في الطلاق أو كناية عنه مما يحتاج إلى نية ، والذي يقسم مقامه الكتابة والأشارة ، والذي يحلها في الحال هو الطلاق البائن ، والذي يحلها في المال هو الطلاق الرجعي كما سيأتي ، والطلاق مشروع بالقرآن والسنة والأجماع .

والحكمة في شرعيته: إن الإسلام شرع الزواج وجمعه عقد الحياة حتى جعل التوقيت فيه مبطالا له ، وأحاطه بكل الضمانات ليستقر فيؤتي ثمراته الطيبة ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تحقق التوافق بين الطرفين وسكن كل منهما إلى صاحبه وارتبط قلباهما برباط المودة ، وشاعت بينهما الثقة وعرف كل منهما ما للآخر عليه من حقوق .

وقد يطرأ على تلك الحياة الشقاق المنبث من تنافر القلوب بعد توافقها من انحراف جديد، أو انكشاف ما قد يخفى عند الاقتران مما يبدل الثقة، أو إصابة أحدهما بمرض لا تستطيع معه المعاشرة مما يجعل الحياة جحيما لا يطاق أو عذابا لا يحتمل .

نظر الشارع إلى ذلك لأنه دين واقعي يشرح للناس حسبا يقع في حياتهم ولا ينفص عنه عن مشاكل الحياة فيوجد لها الحلول ففتح المجال لإنهاء الزوجية عند ما تمرض للخطر الذي يتعمر معه الاستمرار فيها ، فكانت شرعية الطلاق ليحسم ذلك الداء بعد عجز طرق الإصلاح المتعددة التي أرشد إليها من تأديب وإصلاح داخلي وأصلاح على مستوى الجماعة ، ومع ذلك جمعه أبفض الحلال إلى الله .

لمن يكون حق الطلاق ؟

والطلاق في الأصل حق للزوج . لأن النصوص من القرآن والسنة أسندته إلى الرجل . « يأيا النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدتهن » الطلاق/ ١ ، « ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » البقرة/ ٢٣٦ ، « يأيا الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » الأحزاب/ ٤٩ « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا » النساء / ٢٠ .

وقول رسول الله ﷺ « يا عبد الله بن عمر طلق زوجتك » وقوله « مرة

فليراجعها .. ثم يطلقها ، وقوله: « ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينها إنها الطلاق لمن أخذ بالساق^(١) » . فهذه النصوص صريحة كل الصراحة في أن الطلاق حق للزوج ، وليس ذلك غيباً للمرأة بل هو حفاظ عليها وتقديس للرابطة الزوجية ، لأن الشارع الذي أوجب على الزوج المهر وجعله مسؤولاً عن الأسرة يسمى من أجلها ويقوم بإحباتها ، والرجل بطبيعته أضبط لمشاعره من المرأة فيكون أحرص على بقاء الزوجية لما تحمله من نفقات وتجنباً للتمعات المالية التي تلحقه بسبب الطلاق من مؤخر الصداق ونفقة العدة ، ومن مهر جديد ونفقات أخرى إذا ما رغب في التزوج مرة أخرى .

ولو جعل الطلاق بيد المرأة لاضطربت الحياة الزوجية ولما استقر لها قرار لسرعة تأثيرها واندفاعها وراء العاطفة ، وليس هناك ما يحملها على التروي والأناة حيث لا تقرم شيئاً .

على أن الشارع لم يهل جانبها ، بل جعل لها الحق في أن تقتدي نفسها برء ما دفعه الزوج لها من مهر « ولا جناح عليها فيما اقتدت به » .

كما جعل لها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليطلقها من زوجها إذا ما انحرف وألحق بها ما يوجب التفريق من أذى أو عدم إنفاق ، وأوجب على القاضي أن يحبسها إلى طلبها إذا ما ثبت لديه ما تدعيه .

وأكثر من هذا جعل لها الحق في أن تشارط لنفسها عند العقد أن تكون العصمة بيدها كما يرى بعض الفقهاء ، قد يقال : ولم لم يجعل حقاً مشتركاً بينها يتفقان عليه كما اتفقا على الزواج ؟؟

والجواب : أن ذلك غير مقبول ، لأن الطلاق شرع كملاخ لاضطراب

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٠٣ .

الحياة الزوجية ، فلو جعلنا أمر الطلاق إليها معالما وصلا إلى اتفاق غالبا ، لأن أحدهما يريد التفراق والآخر لا يريده فيعمل على الكيد للآخر فتصبح الحياة جحشا لا يطاق .

ثم أنها غير متساويين في المسؤولية فأحدهما سيفرم نتيجة لوقوع الطلاق والآخر لا يكلف بشيء .

نقل هذا الحق للقاضي

إن ما اقترح أخيراً من وضع الطلاق بيد القاضي . لكي يسوي بين الرجل والمرأة ويكون ضماناً مانعاً من الانحراف في الطلاق .

هذا الاقتراح لا يحل المشكلة بل يزيد تعقيداً لأن أسباب الطلاق قد ترجع إلى أمر نفسي من البغض والنفور ، وقد ترجع إلى أمر يتعلق بسيرة أحد الزوجين ، فإن كان الأول فكيف يستطيع طالبه أن يقنع القاضي بأنه يكره زوجته أو ينفر منها ولا يستطيع إقامة البينة على ذلك حتى يحكم له بما يدعي ، ثم إن إقرار أحدهما بذلك لا يكون حجة على الآخر .

وإن كان الثاني فهو كشف لأسرار من الخبر سترها وعدم إذاعتها بين الناس لأنها تمرق للطريق أمام الزوجين بعد انفصالهما في استئناف حياة زوجية أخرى .

مع ما في هذا الأمر من الحكم على جميع الأزواج بعدم صلاحيتهم لاستعمال حق ملكه الشارع لهم وأنهم محتاجون لرعاية القضاة عليهم ، بل إن القاضي الذي يفصل في هذا الأمر بين الناس لو احتاج إلى الطلاق لم يكن أملاً له فيحتاج إلى وصاية قاض آخر ؟؟

وعلى كل حال فالطلاق تشريع استثنائي لا يلجأ إليه إلا عند الحاجة ، وليس

أمرًا مباحًا أو مرغوبًا فيه يستعمله الزوج كيفما شاء ومتى شاء لتنفيذ الشارع منه في أكثر من نص .

من ذلك قول رسول الله ﷺ : « لا تطلق النساء إلا من ربه إن الله لا يحب النواقين والنواقات » ، وقوله : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » .

ومن هنا ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الحظر ، ولا يباح إلا عند وجود سبب يدعو إليه كسوء سلوك الزوجة أو إنداعها للزوج أو أهله أو الجيران بالقول أو الفعل ، واستندوا إلى النصوص السابقة .

ومن ذهب من الفقهاء إلى أن الأصل فيه الإباحة وأنه حق مطلق يستعمله الزوج متى شاء ليس لهم دليل صحيح يثبت دعواهم غير أن رسول الله ﷺ طلق بعض زوجاته ، وأن بعض أصحابه وقع منهم الطلاق ، وهذا لا يفيدهم في دعواهم ، لأنه لا يعقل أن يقع طلاق من هؤلاء من غير سبب مشروع أو حاجة تدعو إليه .

حكم الطلاق : بمعنى صفته الشرعية .

وإذا كان الأصل فيه هو الحظر وأنه لا يجوز الأقدام عليه إلا لسبب والأسباب تختلف في قوتها وضعفها ، ومن هنا اختلفت صفة الطلاق الشرعية باختلاف البواعث عليه .

فقد يكون مباحا يستوي فيه جانب للفعل والترك إذا كان الباعث عليه ضعيفا كجرد النفور الطبيعي بين الزوجين .

وقد يكون مستحباً إذا كان الدافع له سوء أخلاق الزوجة وإيقاعها الأذى بزوجها أو أقاربه أو جيرانه بالقول أو بالفعل أو كانت تاركة لحقوق الله من

صلاة وصيام، فإنها بسلوكها هذا تكون قدوة سيئة لأولادها ويخشى عليهم من أن يشبوا على منهجها فيستحب طلاقها .

وقد يكون واجباً إذا كان الباعث عليه أمراً يقوض الحياة الزوجية كتبها ونها في عرضها وشرفها بسلوكها المسالك المريبة ، أو استحكام الشقاق بين الزوجين وعجز الحكيمان عن الإصلاح بينها .

أو كان بالزوج عيب يحول بين الحياة الزوجية وبين أدائها وظيفتها ككونه عتيباً أو مجنوناً أو ما شاكل ذلك ، وقد يكون مكروهاً تحريماً إذا لم يكن له سبب يبرره .

وقد يكون حراماً إذا وقع على غير الوجه المشروع بأن طلقها في الحالة التي نهى الشارع عن الطلاق فيها . كالطلاق في الحيض قاصداً الأضرار بها وتطويل عدتها .

الفصل الثاني

في ركن الطلاق، ومن يقع منه، ومن يقع عليها، وطريقة إيقاعه
وفيه مباحث

المبحث الأول

ركن الطلاق وهم يتحقق ؟

المراد بالركن هو اللفظ الذي يفيد معنى الطلاق أو ما يقوم مقامه من
الكتابة والأشارة . فيكون الطلاق بواحد من ثلاثة . العبارة والأشارة
والكتابة .

أما العبارة : فهي اللفظ الذي يدل على حل رابطة الزوجية بحيث يفهم
منه التطبيق لفة أو عرفاً بأي لغة كانت سواء كان اللفظ صريحاً أو صكياً
وسواء كان منجزاً أو مطلقاً أو مضافاً . بشرط أن يكون التكلم بها فاعماً لمنأما
هذا عند الحنفية وجمهور الفقهاء .

ولكن الجعفرية يشترطون في لفظ الطلاق أن يكون صريحاً من مادة الطلاق

بصفة اسم الفاعل كانت طالق أو فلانة طالق ، أو هي طالق بلفظ فصيح غير ملحونة ولا مصفحة مضافاً إلى الزوجة غير معلق على شرط أو صفة حتى ولو كان معلوم التحقق . مثل إن طلعت الشمس فأنت طالق ، كما يشترطون لوقوعه حضور شاهدين عدلين يسميان لفظ الطلاق ، ولا يقع بغير العربية مع القدرة على التلظ بها ، والأولى للأعجمي والأخرس أن يوكل بالطلاق عنها إن أمكن^(١) .

وقانون حقوق المائلة في المادة - ١٠٩ - يسير على مذهب الحنفية ، ونصها « الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة وبالألفاظ الكتابية المتعارف عليها بحكم الصريحة أما الغير متعارف عليها فوقع الطلاق بها متوقف على نية الزوج ، وإذا اختلف الطرفان في كون الزوج نوى الطلاق أم لا فيصدق الزوج بيمينه » .

أما الأثارة : فلا يقع بها الطلاق إلا من الأخرس العاجز عن الكتابة على الرأي الراجح عند الحنفية كما سبق في الزواج ، فإن كان قادراً على الكتابة فلا يقع طلاقه بالأشارة ، لأن الكتابة أقوى في الدلالة من الإشارة ، والجعفرية يذهبون إلى أن إشارة الأخرس يقع بها الطلاق ما دامت مفهومة ، ولا يشترط عجزه عن الكتابة كالرأي الآخر عند الحنفية ، وإن كان الأولى عندهم أن يوكل عنه شخصاً آخر ليطلق بالعبارة .

أما الكتابة : فلما أن تكون مستينة أي واضحة باقية كالكتابة على الورق أو على الحائط مثلاً أو غير مستينة كالكتابة على الهواء أو في الماء .

(١) ولكنهم قروا أنه عند اختلاف الزوجين بأن كان أحدهم شياً والآخر شيعياً فالعبرة بطلب الزوج ، فإن كان شيعياً فطلاقه لا يقع إلا إذا كان الطلاق على وفق مذهب ، وإن كان شيئاً وقع الطلاق بما يقع به عند أهل السنة .

ولعل مرجع ذلك إلى أن الطلاق حتى الزوج فالعبرة بما يمتدده فيه .

الأحوال الشخصية محمد جبرامفتي ص ١٢٢ ، ص ١٢٣ وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٥ .

والمستتينة إما أن تكون مرسومة أي معنونة موجبة للزوجة كما توجه
الرسائل أولاً فإن كانت غير مستتينة فلا يقع بها طلاق ، وإن كانت مستتينة
مرسومة وقع بها الطلاق من وقت الكتابة إلا إذا قيد الوقوع بزمان الوصول أو
غيره . فإنه يقع من الوقت الذي حده سواء نوى بها الطلاق عند الكتابة
أو لا .

أما المستتينة الغير المرسومة كأن يكتب على ورقة : فلانة طالق ولا يرسلها
إليها أو يكتب على جدار ، طلقت زوجتي فإنه لا يقع بها الطلاق إلا إذا نواه ،
فإن لم ينوه بأن قال : أردت تجربة القلم أو الخط فلا يقع لظهور هذا الاحتمال
في تلك الحالة .

أما الجعفرية فقد قيدوا وقوع الطلاق بالكتابة بما إذا كانت من المعاجز عن
النطق فقط سواء كان حاضراً أو غائباً على المعتمد عندهم ^(١) .

وإذا كان الحنفية يوسعون في الألفاظ التي يقع بها الطلاق ولا يقصرونها
على الألفاظ الصريحة كما يذهب الجعفرية فكان اللفظ الذي يقع به الطلاق عندهم
نوعان . صريح وكتاية .

فالصريح هو اللفظ الذي يفهم منه معنى الطلاق عند التلطف به دون حاجة
إلى شيء آخر . فيدخل فيه الألفاظ التي وضعت شرعاً للطلاق . نحو أنت طالق
وطلقتك ومطاقة ، والألفاظ التي تستعمل عرفاً في الطلاق مثل : أنت محرمة
وحرمتك وأنت على حرام وأنت خالصة .

وحكمه : أن الطلاق يقع به قضاء وديانة دون توقف على نية أو قرينة ،

(١) يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٥ : ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر وهو
قادر على التلطف . نعم لو عجز عن النطق كتبت ثرياً به الطلاق صحيح ، وقيل ، يقع بالكتابة إذا
كان غائباً عن الزوجة وليس يعتمد .

لأن صراحته لا تعوجه في الدلالة إلى شيء آخر وراء اللفظ . متى قصد التلفظ به عالماً بمدلوله وأضافه إلى زوجته .

فإذا قال لزوجته : أنت طالق ثم ادعى أنه لم يرد به الطلاق بل أراد به شيئاً آخر لا يحتمله اللفظ لا يلتفت إلى دعواه ووقع الطلاق قضاءً وديانةً ، فإن ادعى أنه أراد به الطلاق من وثاق ولم توجد قرينة تدل على ذلك صدق ديانة لا قضاء ، فلو وجدت تلك القرينة ، كما لو أكره على الطلاق فنطق بكلمة الطلاق ثم ادعى أنه أراد الطلاق من وثاق فإنه يصدق في ذلك قضاءً وديانةً ، لأن الأكره قرينة صارفة عن إرادة الطلاق ، ومثل ذلك ما إذا كانت زوجته موتقة بقيد وسألته أن يطلقها من وثاقها فيطلقها منه قائلاً لها : أنت طالق فإنه يصدق إذا أقسم أنه أراد ذلك .

والسكناية : هي كل لفظ لم يوضع لمعنى الطلاق ولم يتعارف الناس قصر استعماله على الطلاق مثل : إلحقي بأهلك أو أنهى اليهم فإنه يحتمل إلحقي بهم لأنني طلقتك أو أبعدني عني الآن ، ومثل أنت بائن أو أمرك بيديك ، وأنت واحدة واستبرئي رحمك وغير ذلك من الألفاظ التي لا يفهم منها الطلاق إلا بالقرينة أو بالنية .

وحكمها : أن الطلاق لا يقع بها إلا بالنية أو دلالة الحال على أنه أراد بها الطلاق ، فإن دل الحال على إرادة الطلاق كما إذا قال ذلك حالة الغضب أو بعد سؤال زوجته الطلاق وقع ، وإن لم يدل الحال وجع إلى نية الزوج ، فإن نوى بها الطلاق وقع ، وإن لم ينو لا يقع بها شيء فلهذه الحنفية . أن تلك الألفاظ لا يقع بها الطلاق ديانة إذا لم ينو بها الطلاق ، أما في القضاء فيحكم دلالة الحال . فإن دلت على إرادة الطلاق وقع ولا يصدق في دعواه أنه لم يرد بها الطلاق ، فإن لم تدل الحال على إرادة الطلاق اعتبرت النية ، فإن قال : نويت بها الطلاق وقع ، وإن ادعى أنه لم ينو بها الطلاق صدق في دعواه .

وقد كان هذا المذهب معمولاً به في مصر قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ثم عدل عنه إلى مذهب المالكية والشافعية الذي يقضي بأن الكتابات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية م؛ ونصها « كتابات الطلاق - وهي ما تحتل الطلاق وغيره - لا يقع بها الطلاق إلا بالنية » .

وبهذا ضاق وقوع الطلاق بالكتابات فألغى اعتبار دلالة الحال .

وعلى هذا سار قانون حقوق المائة في المادة - ١٠٩ وقد تقدم نصها .

فإذا وقع الاختلاف بين الطرفين في نية الزوج يكون القول قول الزوج مع اليمين .

المبحث الثاني

في من يقع منه الطلاق، ومن يقع عليها

من يقع منه الطلاق : الطلاق حق للزوج فهو الذي يملك إيقاعه ، لأن عقدة الزواج ملكه ولا يملكه غيره إلا بتفويض منه كرسوله أو وكيله أو المرأة التي فوض لها الطلاق أو بالتبابة عنه عند امتناعه كالقاضي ، فإن الأولين يطلقون باسم الزوج، والآخر يطلق عن الزوج دفعا لظلمه بامتناعه عن الطلاق.

ولما كان الطلاق خطيرا لا يملكه الزوج إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية :
١ - أن يكون بالغاً . فلو كان صغيراً لا يقع طلاقه وإن كان ميزاً باتفاق الحنفية والجمهورية ، لأن الطلاق من التصرفات التي يغلب عليها الضرر وهو لا يملك منها إلا ما كان ناقصاً .

٢ - أن يكون عاقلًا فلا يقع طلاق المجنون وهو من ذهب عقله ، والمتنوه وهو ضعيف العقل الذي اختلط كلامه وفسد تدبيره ، ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة .

ويلحق بهم المدهوش وهو الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يقول ويفعل ، والغضبان الذي بلغ به الغضب درجة تحتل فيها أقواله وأفعاله وتضطرب^(١) . أما إذا كان بحيث يدري ما يقول ويفعل فإن طلاقه يقع . كل ذلك لحديث رسول الله ﷺ الذي رواه مسلم : « لا طلاق في إغلاق ، والأغلاق هو أن يسد على الشخص باب الإدراك والقصد بحيث لا يدري ما يقول وما يفعل .

ومقتضى هذا لا يكون للسكران طلاق لأنه لا يمي ما يقول ، وإلى هذا ذهب جماعة من الفقهاء ومنهم الجعفرية من غير تفرقة بين ما إذا كان سبب السكر مباحاً أو محرماً لعدم إدراكه .

وذهب آخرون إلى التفرقة بين ما كان سببه مباحاً فلا يقع وبين ما إذا كان محرماً فيقع طلاقه عقوبة له وزجراً عن تناول المحرم ، لكن العقوبة هنا غير مستساغة لأن الشارع قرر له عقوبة أخرى ، على أنه إذا كان السكران يستحق العقوبة فما ذنب الزوجة وأولادها الذين يلحقهم ضرر الطلاق ؟ ، وعلى القول الأول يجري العمل في مصر ولبنان ، فالتعاون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الأولى يقول : « طلاق المكره والسكران لا يقع » دون تفرقة ، وكذلك قانون حقوق المائة تنص المادة - ١٠٤ - منه على أن : « طلاق السكران غير معتبر » .

(١) هكذا فرق الفقهاء بينها ومن تأمل التمرينين وجد أن الغضب حالة تصري الشخص فتختل أقواله وأفعاله وبهذا يدخل في المدهوش . ويمكن تعريفه بأنه الذي فقد تمييزه من غضب وغيره فلا يدري ما يقول ويفعل .

٣ - ألا يكون مكرهاً عند جمهور الفقهاء « المالكية والشافعية والحنبلية والجعفرية » لحديث « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ولأن المكره وإن تكلم باللفظ المقصد للطلاق إلا أنه لم يقصد الطلاق وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه فيكون اختياره للطلاق قاسداً فلا يعتبر .

والحنفية لم يشترطوا عدم الإكراه ، لأن الإكراه عندهم يفسد الرضا دون الاختيار ، فالمكره حين تكلم بكلمة الطلاق كان له اختيار . فقد وازن بين الأمرين « التلغظ بالطلاق ووقوع ما هدد به » فاختار أمونها ، فهو مختار في التكلم لكنه غير راض بالأثر الذي يترتب عليه فيقع طلاقه كالمأزول الذي قصد اللفظ ولم يقصد ترتب الأثر عليه ، وطلاق المأزول واقع بالحديث « ثلاث جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والرجعة » وفي رواية المتفق بدل الرجعة .

والعمل يجري في مصر ولبنان على رأي الجمهور وهو عدم وقوع طلاق المكره . فقانون حقوق المأنة ينص في المادة - ١٠٥ - منه على أن « الطلاق الواقع بالإكراه غير واقع » ، ثم بعد ذلك لا يشترط في المطلق أن يكون رشيداً ، فالضحية يقع طلاقه بالاتفاق بين أهل السنة والجعفرية ، لأنه يملك إنشاء الزواج فيملك إنهائه ، لأنه حكم من أحكامه ، والحجر لا يكون إلا في التصرفات المالية .

كما لا يشترط أن يكون جاداً فيقع طلاق المأزول بالحديث السابق .

وخالف الجعفرية فقالوا : إن طلاق المأزول لا يقع ، لأنهم شرطوا القصد ، والمأزول لم يقصد الطلاق بل قالوا : إنه لو أوقع الطلاق وبعد النطق بالصيغة قال : لم أقصد الطلاق يقبل منه ذلك ما دامت المرأة في العدة ، لأنه إخبار عن نيته التي لا تعلم إلا من قبله .

وأما المأزول وهو الذي يريد أن ينطق بكلام غير الطلاق فيجري على لسانه

الطلاق بغير قصد كأن يقصد أن يقول لزوجته : أنت لطيفة أو مهيبة فيجري على لسانه : أنت طالق . فالجفري يذهبون إلى عدم وقوع طلاقه مطلقاً .

أما الحنفية فيقولون : إنه لا يقع طلاقه بيانة أي بينه وبين الله فيجعل له البقاء مع زوجته ، ولكنه يقع قضاء بمعنى أنه لو اختلف الزوجان فقالت له : طلقت ، وقال لا لم أقصد طلاقاً . حكم القاضي بوقوع الطلاق لأنه يحكم بناء على الظاهر ، ولو قبل القاضي دعوى الخطأ لانفتح باب التحايل .

والفرق عندهم بين الخطيء والمأزول : أن المأزول قصد النطق بكلمة الطلاق ولكنه لم يقصد ترتيب الأثر عليها ، ومثل هذا يلبو في موضع الجد فاستحق العقاب بالزامه أو ما قصد منه ، أما الخطيء فلم يقصد النطق بالكلمة أصلاً وبالتالي لم يقصد ترتيب أثرها عليها فلم يكن منه ما يستحق عليه العقاب فافترقا ، ومن هنا قالوا : إن من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها لا يقع طلاقه لأنه وإن قصد النطق بها إلا أنه لا يمي مدلولها ولا ما تستعمل فيه فكانت لغوا .

من يقع عليها الطلاق :

إذا كان الطلاق يرفع قيد النكاح ويحل رابطة الزوجية فلا بد أن تكون المرأة المطلقة في زوجية قائمة حقيقة أو حكماً ولو قبل الدخول ، فالمعقود عليها عقداً صحيحاً محل للطلاق قبل الدخول وبعده كذلك الممتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صفرى ما دامت في العدة ، لأن الزواج باق حكماً أثناء العدة ، أما الرجعية فظاهر لأن ملك الاستمتاع قائم ، وأما البائنة فلأن بعض أحكام قائمة كوجوب النفقة وبقاؤها في منزل الزوجية وعدم حل زوجها من آخر ، وكذلك الممتدة من كل فرقة اعتبرت طلاقاً ، أما الممتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فليست علل الطلاق لانتهاء الملك والحل ، وكذلك المطلقة قبل الدخول لأنه لا عدة عليها ، والممتدة من فرقة اعتبرت فسخاً يحكم الشرع ، كالفرقة بخيار

البوغ أو الأفاقة أو لعدم كفاءة الزوج أو نقصان الهر ، لأن الفسخ نقض للمقد ، وإذا انتقض المقد لم يكن له وجود حتى يلحقه طلاق .

ولا يستثنى من ذلك عند الحنفية إلا المتهمة من فسخ زواجها بسبب ردة أحد الزوجين أو إباء الزوجة المشركة عن الإسلام بعد إسلام زوجها ، فإنه يقع عليها الطلاق في المدة على ما هو الراسخ من المذهب^(١) وكذلك لا يقع الطلاق على المحقود عليها فاسدا أو باطلا ، هذا هو مذهب الحنفية ومن وافقهم . أما الجعفرية فيذهبون إلى أن التي يقع عليها الطلاق هي الزوجة في الزواج الدائم بشروط .

١ - أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس في المدخول بها غير الحامل الحاضر زوجها ، وكذلك الغائب الذي يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه إلى آخر ، أما إذا كان لا يعلم ذلك فعليه أن يتحرى فترة الانتقال ، فإن طلقها بعد التحري وقع الطلاق وإن صادف الحيض ، أما إذا لم يتحرر وطلقها وصادف الحيض فلا يقع .

٢ - أن يكون الطلاق في طهر لم يمسه فيه ، ويسقط هذا الشرط في الصغيرة والآيسة والحامل .

٣ - تعيين المطلقة بأن يقول : فلانة طالق ، أو يشير إليها بما يرفع الاحتمال^(٢) .

وقانون حقوق العائلة ينص في المادة - ١٠٣ - منه على أن « محل الطلاق

(١) وجه الاستثناء : أن التوبة فيها ليست بسبب ينقض المقد من أصله ، وإنما كلت لظروف حال تتأني بقاء المقد فأشبهت بذلك فرقة الطلاق من ناحية أنها إنهاء لمقد صحيح قائم لم يرتفع ابتداء . وكانت الزوجة بسبب ذلك مرتبطة بزواجها ما دامت في المدة التي هي أثر من آثار ذلك التكاح الصحيح . ومن هنا اعتبرت محلا لطلاق ثانيا في ذلك شأن المتهمة من طلاق .

(٢) شرائع الإسلام - ج ٢ ص ٥٤ .

المرأة المنكوحه بالنكاح الصحيح أو المعتدة ، أما الزوجة المعتدة التي فسخ نكاحها فليست محلا للطلاق .

فهو يفتق مع مذهب الحنفية إلا في صوري الفسخ التي يقع الطلاق في عندها إذا أخذنا المادة على ظاهرها وإطلاقها من أن المراد بالمعتدة الأولى للمعتدة من طلاق فقط ، والمراد بالمعتدة الثانية من فسخ .

أما إذا لاحظنا أن صوري الاستثناء ملاحظ فيها شبهها بالطلاق وقيدنا من فسخ نكاحها بمن تقض عقدها من أساسه يكون متققا مع المذهب الحنفي تماما . لكن يظهر أن المشرع لم يرد ذلك فلا يحمل كلامه مالا يحتمله وتبقيته على ظاهره .

المبحث الثالث

في الطلاق الذي يملكه الزوج

حدد الإسلام للطلاق عدداً ينتهي عنده ، وهو ثلاث تطليقات في قوله تعالى : « الطلاق مرتان فأمساك بمزوف أو تسريح بأحسن ... إلى أن قال : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ، بعند أن كان في الجاهلية لا يقف عند حد ، وكان ظمأ صارخاً للمرأة فعها بهذا التحديد وجعله ثلاثاً للزوج أن يراجع زوجته في الأولين منها عافطة على رباط الزوجية من أن ينقطع مرة واحدة ، والخرج الذي قد يلحق بالأزواج الذين يتسرعون في إيقاع الطلاق ، ولو جمعه مرة واحدة لوقع كثير من الأزواج في الحرج فيما إذا صدر الطلاق لأمر عارض ثم زال أو لفكرة طارئة ثم تبدلت الأحوال ، زالت النفرة .

الطريقة التي يوقع بها الطلاق

والشارع الذي ملك الرجل الطلاق وحده بثلاث مرات لم يتركه ليوثمه كيف شاء ومتى شاء ، بل رسم له طريقة إيقاعه وأرشدته إلى اتباعها ونهاه عن مخالفتها .

ففي الآية السابقة بين له أول خطوة يخطوها في إيقاعه . وهي أن يكون مفارقاً « للطلاق مرتان » أي مرة بعد مرة .

يدل لذلك أنه لما طلق رجل امرأته ثلاثاً دفعة واحدة غضب رسول الله وخطب الناس فقال : « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » .

والخطوة الثانية جاءت في الحديث الذي رواه الجماعة إلا الترمذي أن عبد الله بن عمر طلق امرأة له وهي حائض فذكر ذلك عمر النبي ﷺ فتنظف رسول الله ثم قال : « ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها قبل أن يمسا فتلك المدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » (١) . فهذا الحديث يدل على أن الطلاق في الحيض غير مشروع لغضب رسول الله ، ويرشد إلى أن الطلاق المشروع هو ما يكون في طهر لم يمسا فيه .

والحكمة في أنه لا بد من مراعاة وقت الطلاق بالأ يكون في الحيض أو في الطهر الذي يمسا فيه أن حالة الحيض منفرة ، فالطلاق فيها لا يدل على وجود الحاجة الداعية إلى الطلاق . فوق أن الطلاق في هذه الحالة يلحق الضرر بالمرأة حيث يطول عليها المدة ، لأن الحيضة التي وقع فيها الطلاق لا تحسب منها وإن غالطت المرأة تقتر الرغبة فيها فطلاقها بعد ذلك لا يدل على تحقق الحاجة

(١) متفق الأخبار يشرح ليل الأوطار ج ٦ ص ١٨٨ .

إلى الطلاق مع أنه يوقع المرأة في الحيرة في أمر عتبتها حيث لا تدري . أحلت من تلك الواقعة فتعتمد بوضع الحمل أم لم تحمل فتعتمد بالأقراء ، هذا ما يلحق الرجل من الندم إذا ما تبين له أن امرأته حامل ، أما طلاقها في طهر لم يمسا فيه فبدل على وجود الحاجة إلى الطلاق حيث أقدم عليه في هذا الوقت الذي تتوق فيه نفس الرجل إلى المرأة .

وهذا إنما يكون في المرأة المدخول بها ، أما غير المدخول بها فالرغبة فيها موجودة في أي وقت والحيض لا يقلل رغبته فيها حيث لم يلتق بها بعد .

ومن هنا قسم العلماء الطلاق إلى نوعين طلاق السنة وطلاق البينة . وجعلوا طلاق السنة هو الذي يبيح على الطريقة التي رسمها الشارع ، وطلاق البينة هو الطلاق الذي جاء على خلافها بأن يطلق أكثر من واحدة أو على دفعات في طهر واحد ، أو يطلقها في أثناء الحيض أو النفاس أو في طهر واقعها فيه .

وهذا الطلاق المخالف للسنة حرام ، ومن يفعله يكون آثماً بلا خلاف في ذلك ، ولكنهم اختلفوا في وقوعه فأصحاب المذاهب الأربعة يذهبون إلى وقوعه ، لأن النهي عنه ليس لذاته ، وإنما لمعنى يصاحبه وهو تطويل المدة على المرأة ، أو ندم الرجل عليه ، أو كونه ليس لحاجة ، ومثل هذا لا يمنع من قرب الأثر عليه ، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة فإنه منهى عنه ومع ذلك لو تم البيع قرب عليه أثره .

ولأن رسول الله أمر ابن عمر بمراجعة زوجته ، والرجعة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق ، وقد جاء في بعض روايات هذا الحديث أن عبد الله قال : « فصبرت على طلقه » .

وذهب آخرون ومنهم الجعفرية إلى أنه لا يقع به الطلاق ، لأن النهي يدل

على الفساد فلا يترتب عليه أثر ، لأنه جاء في حديث ابن عمر أنه قال : « فرمعا على ولم يرهما شيئا » .

هذا حكم الطلاق في غير الطهر . أما الطلاق المتعدد دفعة واحدة فالحكم فيه على التفصيل الآتي :

المبحث الرابع

في المطلق الثلاث بلفظ واحد

إذا كان الطلاق مشروعا ثلاث مرات ، وأن السنة تقربها فجميعها مرة واحدة سواء كان بلفظ واحد بإقراره بعدد الثلاث ملفوظا أو مدلولا عليه بالإشارة أو بتكرار اللفظ ثلاث مرات يكون مخالفا لسنة ، ولكن هل يقع بها الطلاق أولا ، وإذا وقع هل يقع واحدة أو ثلاثا ؟

في هذا الموضع اختلف الفقهاء . فذهب الجمهور من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة إلى وقوعه ثلاثا . سواء كانت المرأة مدخولا بها أو لا إذا كان مقرونا بلفظ الثلاثة أو مدلولا عليه بالإشارة . كانت طالق وأشار إليها بأصابع ثلاثة مرفوعة ، وكذلك إذا كرر اللفظ أنت طالق أنت طالق وكانت المرأة مدخولا بها ، لأن الأولى وقعت عليها وهي زوجة ووقع الباقي عليها في عدتها .

وأما إذا كانت غير مدخول بها فيقع عليها واحدة فقط ، لأنها تبين منه بها لا إلى عدة فجات الثانية والثالثة والمرأة أجنبية فلا يقع بها شيء .

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يقع بها واحدة رجعية فقط في صورتين

« الجمع والتكرار » وهو مذهب الجعفرية ^(١) واختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

وتقل عن بعض الجعفرية أنه لا يقع به شيء لأنه منهي عنه فيكون غير مشروع فإذا وقع يكون لغواً ، ولكل من تلك الآراء أدلة لنا في حاجة الآن إلى عرضها للنقاش والموازنة وسنكتفي ببيان المعمول به في مصر ولبنان .

ففي مصر يجري العمل على الرأي الثاني وهو أنه يقع واحدة رجعية كأنصت عليه المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا طلاقاً واحدة » بعد أن كان يقع ثلاثاً حسب المذهب الحنفي .

وقد عللت المذكرة الأيضاحية هذا المدول بأنه التيسير على الناس الذين يندفعون إلى هذا النوع من الطلاق . وإيجاد مخلص لهم لا يضطرون معه إلى زواج التحليل أو التماس الفتوى بفساد العقد كما يرى بعض الفقهاء .

ثم إن المادة صريحة في أن الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظاً أو إشارة يقع واحدة لكنها لم تعرض للطلاق الثلاث المكرر في مجلس واحد . فهل يكون الحكم فيه أنه لا يقع إلا واحدة أو يبقى العمل به على ما هو الراجح من مذهب الحنفية ، لا شك أن عبارة المادة لم تتناوله بلفظها ، وأنها جاءت على صورة الاستثناء من المذهب المعمول به ، وهذا يقتضي الوقوف عند حرفية المادة لأن الاستثناء لا يتوسع فيه . لذا كان عمل المحاكم على وقوع الثلاث عند تكرار اللفظ ثلاثاً ^(٢) .

(١) يقول الشيخ جواد مغنية في كتابه الأحوال الشخصية ص ١٢٩ في سياق مذهب الأملعية في صيغة الطلاق : ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ، أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق تقع طلاقاً واحدة مع تحقق الشروط .

(٢) كما يقول الشيخ الحنيف في كتابه فرق الزواج ص ٩٦ .

ومن ناحية أخرى نجد أن الهدف الذي يرمي إليه المشرع هو التيسير على الناس بمنع وقوع الطلاق المجموع ، وأن الطلاق المتكرر في مجلس واحد لا يخرج عن كونه طلاقاً متعمداً فهو في معنى الطلاق المتكرر بعمده ، وأن الحكم في الحالتين واحد . فمن يقول بوقوع الثلاث بأحدهما يقول بوقوعه بالآخر ، ومن يقول بوقوع واحد يسوى بينها ، وهذا يقتضي تعميم الحكم للصورتين ، لأن الظاهر أن المشرع قصد المعدول عن مذهب إلى مذهب يخالف له لا المعدول بإحدى الصورتين فقط وبخاصة إذا لاحظنا أن المكرر قد يقصد به مجرد التأكيد لا التأسيس .

أما في لبنان ففي المحاكم الجعفرية يجري العمل بالمذهب الجعفري وهو يقع واحدة وجمعية في الصورتين ، أما المحاكم السنية فلا يزال العمل بها يجري على الراجح من مذهب الحنفية حيث لم يصرح قانون حقوق المائنة بشيء في هذه المسألة غير ما جاء بالمادة - ١٠٨ - من أن « الزوج يملك تطليق الزوجة ثلاث مرات » .

الفصل الثالث

في تسميات الطلاق

وفيه مباحث

يتقسم الطلاق عدة تسميات باعتبارات مختلفة ، وقد تقدم تسميه باعتبار لفظه إلى صريح وكتابة ، ولا يظهر لهذا التقسيم أثر إلا في كونه يحتاج في إيقاعه إلى التنبه أولا .

وتقسمه إلى سني وبدعي ، وليس لهذا التقسيم أثر عند الجمهور إلا في أن البدعي يأثم موقعه لأن كلا منها يستتبع أثره من الوقوع ، وإنما يظهر له أثر عند من يمنع وقوع الطلاق بالبدعي من جهة الوقت أو يقول بوقوع واحدة في البدعي من حيث العدد .

بقيت تسميات أخرى نمرض لتفصيلها فيما يلي :

المبحث الأول

في تقسيمه إلى منجز ومعلق ومضاف

ينقسم الطلاق باعتبار تقييد الصيغة وإطلاقها إلى منجز ومضاف ومعلق .
فالمنجز : هو الذي صدرت صيغته مطلقة غير معلقة على حصول أمر آخر ولا مضافة إلى زمن مستقبل مثل أن يقول لها : أنت طالق أو طلقتك .
وحكمه : وقوع الطلاق به بمجرد صدوره ، لأن الشارع وضعه ليقيد أثره عقب صدوره من هو أهل لإيقاع الطلاق على امرأة هي محل لوقوعه بأن تكون زوجة حقيقة أو حكماً .

والمضاف : هو الذي صدرت صيغته مقيدة بوقت مستقبل . قصد المطلق وقوع الطلاق فيه . بأن ربط حصوله بذلك الزمن بغير أداة من أدوات الشرط . كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أول العام القادم أو أنتي طالق غداً .

وحكمه : وقوع الطلاق به عند مجيء ذلك الوقت المضاف إليه لا قبله إذا كان الرجل أهلاً للطلاق عند صدور الصيغة منه ، والمرأة محل لوقوع الطلاق عليها عند حلول ذلك الوقت ، فالقائل : أنت طالق في أول العام القادم ثم طلقها منجزاً فإذا جاء الزمن المضاف إليه وهي في العدة وقع عليها الطلاق المضاف فإذا كانت عدتها قد انتهت لا يقع عليها شيء .

وكذلك إذا أضاف الطلاق وهو أهل للطلاق ثم جاء الوقت المضاف إليه وهو مجنون وقع الطلاق لأن العبرة بأهليته عند التلفظ بالطلاق .

والمعلق : هو ما ربط فيه حصول الطلاق بأمر سيحصل في المستقبل بأثر رتب وقوعه على حصول ذلك الأمر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها .
كإن وإذا وكما ومعق ونحوها . كأن يقول لامرأته : إن سافرت في هذا اليوم فأنت طالق ، أو متى حضر فلان لزيارتنا فأنت طالق ، وكما خرجت ببدون أذني فأنت طالق .

والتعليق نوعان : تعليق لفظاً ومعنى ، وتعليق معنى فقط .

فالأول : وهو ما ربط فيه وقوع الطلاق بحصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط سواء كان الأمر المعلق عليه اختيارياً يمكن فعله أو الامتناع عنه أو غير اختياري .

والاختياري قد يكون من أفعال الزوجة نحو : إن خرجت ببدون إذني أو كملت فلاناً فأنت طالق ، وقد يكون من أفعال الزوج نحو : إن لم أسافر اليوم فأنت طالق ، وقد يكون من فعل غيرها . نحو إن لم يسافر أخوك اليوم فأنت طالق .

وغیر الاختياري نحو : إن أمطرت السماء فأنت طالق ، أو إن ولدت أنثى فأنت طالق ، فإن كان المعلق عليه من فعل أحد الزوجين سمي تعليقاً ويسمى مبنياً أيضاً لأنه يفيد ما يفيد اليمين من الجمل أو الامتناع عنه ، وإن كان المعلق عليه من فعل غيرها أو كان أمراً غير اختياري فهو تعليق بالاتفاق ، ولكنهم اختلفوا في تسميته مبنياً . فمن الفقهاء من يسميه مبنياً لوجود الصورة وهي الشرط والجزاء ، ومنهم من لا يسميه مبنياً لأنه لا يفيد ما يفيد اليمين وهو الأشبه بالقبض .

والثاني : وهو التعليق في المعنى فقط وهو ما يفهم منه التعليق بدون ذكر أداة من أدواته . نحو قول الزوج : على الطلاق أو يلزمي الطلاق لا أفصل

كذا ، فإنه في معنى . إن فعلت كذا فزوجتي طالق ، وكقوله : علي الطلاق
لأسافرن اليوم فإنه في معنى إن لم أسافر اليوم فامرأتي طالق ، فإذا لم يتحقق
السفر في هذا اليوم وقع الطلاق ، وهذا الذي يسمى بالخلف بالطلاق أو اليمين
بالطلاق .

حكمه : والتعليق بنوعيه يقع به الطلاق إن وقع الملق عليه عند الحنفية
بعد أن تتحقق شروط صحته بأن يكون الملق عليه معد وما يمكن الحصول ،
فإن كان معدوماً مستحيل الوجود كان لغواً . كما إذا قال لها : إن جاء أبوكم بغير
ألفانته فأنت طالق ، أو إن شربت ماء هذا البحر كله فأنت طالق .

وكذلك لو علقه على مشيئة الله تعالى . كأن يقول لها : أنت طالق إن شاء
الله ، لأن الملق عليه أمر لا طريق إلى التحقق من وجوده فكان لذلك كالتعليق
على المستحيل .

وأن يحصل الملق عليه والمرأة محل للطلاق كأن تكون زوجة حقيقة أو حكماً .
وقد وافق الحنفية في ذلك جمهور الفقهاء .

وذهب الجعفرية وبعض الفقهاء إلى عدم وقوع الطلاق الملق بـل ولا
المضاف لأن الطلاق كالزواج وكما لا يصح الزواج المضاف أو الملق فكذلك
الطلاق ، ولاحتال أن يحییء ذلك الوقت وهي ليست بـزوجة بموتها أو بطلاقها
قبل فيكون لغواً .

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن اليمين بالطلاق وهو التعليق المنصوي
لا يقع به طلاق ، بل إن وقع الحنث به وجب فيه كفارة اليمين ، والمعلق إن
قصد به مجرد التهديد بالجل على الفعل أو الامتناع عنه لا يكون طلاقاً ،
وإن قصد به الطلاق وقع طلاقاً .

وهذا التفصيل طبعاً فيما إذا كان المقام يحتمل إرادة الطلاق أو التهديد ، فاما

إذا كان الهام لا يحتمل الأمرين . كما إذا سألت المرأة زوجها الطلاق فقال :
إن أبرأتي من مؤخر الصداق والتفقة فأنت طالق فأبرأته . فإن هذا
لا يحتمل شيئاً غير إرادة إيقاع الطلاق فيقع .

المعمول به الآن

أما في لبنان فالهاكم السنية على الراجح من مذهب الحنفية ، لأن قانون
حقوق العائلة ينص في المادة - ١٠٦ - على أن : « شرط تعليق الطلاق صحع » ،
كما تنص المادة - ١٠٧ - على أن : « إضافة الطلاق للزمان المستقبل صحع » ،
فقد قرر بهذا أصل المبدأ ، والتفصيل يرجع فيه إلى المذهب الحنفي لأنه
كالسكوت عنه

وفي المحاكم الجعفرية يجري العمل على مقتضى منهجهم الذي يمنع وقوع
الطلاق المعلق بنوعية والمضاف ، أما في مصر فقد كان المعمول به قبل صدور القانون
رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو الراجح من مذهب الحنفية ، وبعد صدور هذا القانون
تغير الوضع حيث نصت المادة الثانية على أنه : « لا يقع الطلاق غير المنجز إذا
قصد به العمل على فعل شيء أو تركه لا غير » ، وجاء بالمذكرة الأيضاحية شرطاً
لهذه المادة ما يلي :

أن الطلاق يتقسم إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً ، وإلى
مضاف كانت طالق غداً ، وإلى يمين نحو علي الطلاق لا أفعل هكذا ، وإلى
معلق كان فملت كذا فأنت طالق ، والمعلق إن كان غرض التكلم به
التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر
له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند
حصول الشرط لأنه لا يريد الهام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى
اليمين ، واليمين في الطلاق وما في معناه لاغ ، أما باقي الأقسام فيقع
بها الطلاق .

وهذا يكون وقوع الطلاق بالأشياء الآتية :

١ - المنجز . ٢ - المضاف إلى زمن مستقبل . ٣ - المعلق الذي لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وإنما يقصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه . كأن يعلق على فعل غير اختياري له أو لها . كأن يقول لها : إن ولدت أتتى فأنت طالق ، فإن هذا واضح في أنه لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، أو يقول لها عند طلب الطلاق : إن أبرأتني من جميع الحقوق المالية فأنت طالق . وما شاكل ذلك .

ولا يقع بالحلف بالطلاق . كقوله الطلاق لأفعلن كذا ، والتعليق الذي يقصد به التخويف أو الحمل فقط . كأن خرجت أو سافرت أو كلفت فلانا فأنت طالق ، وإن كان يقصد به الأمرين للتخويف أو الحمل ووقوع الطلاق وقع به لأنه لا يكون في معنى اليمين ، فالعبرة في عدم الوقوع بقصد غير الطلاق ، فإن قصد الطلاق فقط أو قصد الأمرين معاً وقع به ، فإذا وجدت قرينة تدل على قصد الطلاق عمل بها ، وإن لم توجد كان الممول عليه قصده ، فإن اتفقا على شيء عمل به ، وإن اختلفا بأن ادعت الزوجة أنه قصد الطلاق وادعى الزوج أنه قصد الحمل أو التخويف كان القول قوله مع يمينه ، لأنه أدعى بقصده فإن حلف لم يقع الطلاق ، وإن امتنع عن اليمين حكم بالطلاق لأن امتناعه إقرار بدعوى الزوجة

المبحث الثاني

في تقسيمه إلى الرجعي والباطن

يتقسم الطلاق باعتبار إمكان الرجعة بعده من غير عقد جديد وعدم إمكانها

إلى رجعي وبائن ، فالرجعي هو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إعادة مطلقته في عدتها إلى الزوجة من غير حاجة إلى عقد جديد رضىت بذلك الزوجة أولا .
 والبائن هو الذي لا يملك بعده الزوج إعادة الزوجة بالرجعة . وهو نوعان :
 ١ - بائن بينونة صغرى . وهو الذي يستطيع إعادة المطلقة بعده بعقد جديد سواء كان ذلك في العدة أو بعدها .

٢ - بائن بينونة كبرى . وهو الذي لا يستطيع إعادتها إلا بعد تزويجها بزواج آخر ويدخل بها ويتنهي زواجه بطلاق أو بموت .

ما يقع به كل من الرجعي والبائن

مذهب الحنفية :

يقع الرجعي بكل لفظ صريح بعد الدخول الحقيقي إذا كان مجرداً عن وصفه بما يفيد البينونة كوصف الشدة أو القوة أو الطوية أو البينونة أو تملكين بها نفسك ولم يكن على مال أو مكملًا للثلاث .

وكذلك كل لفظ من ألفاظ الكتابة التي لا تقيد فصل الزوجية . كاعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة إذا نوى بها الطلاق .

ويقع البائن بما سوى ذلك في الحالات الآتية :

١ - إذا كان قبل الدخول بأي لفظ ولو بعد الخلوة الصحيحة . وإن وجبت عليها العدة لأنها وجبت للاحتياط للرجعة .

٢ - إذا كان بلفظ صريح موصوف بما يفيد البينونة كانت طائفتي طلاق طلاقاً قوياً أو شديداً أو بائنة أو تملكين بها نفسك أو أشد الطلاق أو مثل الجبل .

٣ - إذا كان في مقابلة عوض من المرأة . لأنها لم تدفع العوض إلا لتخلص لها نفسها .

٤ - إذا كان مكملًا للثلاث سواء كان مفردًا أو مجموعًا بتكراره في مجلس واحد أو مقترنًا بالعدد لفظًا أو إشارة .

٥ - إذا كان بلفظ من ألفاظ الكناية التي تقيد الشدة أو القوة . كأنت بائن أو خلية أو برة أو بنة أو ألقي بأهلك إذا نوى بها الطلاق .

وبهذا لا يكون مقاط الرجعية أو البيئونة كوت اللفظ صريحًا أو كناية . لأن من الصريح ما يكون رجعيًا وما يكون بائنًا . وكذلك الكناية .

مذهب الجعفرية يقسم طلاق السنة إلى ثلاثة أقسام :

١ - رجعي . وهو ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع .

٢ - وبائن وهو ما لا يصح معه الرجعة ويشمل : طلاق غير المدخول بها ، والطلاق الخلمي ، والآيمة حيث لا عدة عليها^(١) . والمطلقة ثلاثًا بينها رجعتان ، والصغيرة التي لم تبلغ الحيض .

٣ - طلاق المدة وهو أن يطلقها تسع مرات على الطريقة التي شرحتها عند الكلام على المحرمات . فهذه تحرم عليه تحريمًا مؤبدًا . والمطلقة ثلاثًا تحرم عليه تحريمًا مؤقتًا^(٢) .

(١) وقالوا : إن آية «واللاتي ينس من الحيض من نسائكم إن اوتيتهن فعتن ثلاثة أشهر» مراد بها اللاتي اوتنن حيضهن ولا تدرن هل انقطع لمرض أو لكبر فهي خاصة بمن شك في بأسهن .

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٢ ، والأحوال الشخصية للشيخ مفنية ص ١٣٤ وما بعدها .
درائع الإسلام ج ٢ ص ٥٧ .

وقانون حقوق الماثلة يجعل من الطلاق رجعيا وبائنا، ويربط الرجعية باللفظ الصريح ما لم يكن قبل الدخول أو على عوض أو مكلا للثلاث، والبيئونة بواحد من تلك الأنواع الثلاثة وبالألفاظ التي تفيد البيئونة . كما جاء بالمادتين ١١١ ، ١١٦ . ونصها م ١١١ « إذا طلق زوجته باللفظ الصريح بعد مقاربتها يقع الطلاق رجعيا » م ١١٦ « إذا طلق رجل زوجته بنكاح صحيح قبل مقاربتها يقع الطلاق بائنا وكذا يقع بائنا بالألفاظ التي تفيد البيئونة وإذا طلقها على عوض » .

وفي آخر المادة ١١٥ يقول « وتحصل البيئونة القطعية بالطلاق الرجعي الثالث » فقد جعل الطلاق البائن في أربع حالات . قبل المقاربة ، والمقابل بموض ، والمكمل للثلاث ، والألفاظ التي تفيد البيئونة ، فهو يتفق في جملة مع مذهب الحنفية وإن جاءت صياغته خالية من اللفظ لأن بعض الألفاظ غير الصريحة يقع بها طلاق رجعي كما قرره المذهب الحنفي ، ولأنت الطلاق الثالث لا يوصف بالرجعية حتى ولو كان سريعا .

ومن هذا يتبين ما عليه العمل بلبنان .

أما في مصر فقد كان العمل بمذهب أبي حنيفة إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فعدل عن مذهب الحنفية إلى ما نصت عليه المادة الخامسة منه وهو « كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

والذي نص على كونه بائنا في هذا القانون هو التطلق بسبب الشقاق بين الزوجين ، والتطلق بسبب غيبة الزوج ، والتطلق بسبب حبس الزوج مدة طويلة .

والذي نص على كونه بائنا في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو التفریق بسبب عيوب الرجل كالجنون والجذام والبرص وغيرها من العيوب التي أضيفت

إلى ما كان يفرق بها من مذهب الحنفية وهي الجب والحصاء والعنة ، وقد نصت مذكرته الأيضاحية على أن مصدر هذه المادة مذهب مالك والشافعي ، فهي تتفق معها في أنها ضيقت دائرة الطلاق البائن ، ولكنها خالفتها في الطلاق المتقارن بعدد الثلاث حيث اتفقوا على وقوعه ثلاثاً ، وهو جعلها واحدة في المادة الثالثة .

ثم أشارت المذكرة بعد ذلك إلى أن التفريق بسبب اللعان أو العنة والجب والحصاء أو بسبب إباء الزوج عن الدخول في الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيها على وفق مذهب الحنفية أن يكون طلاقاً بائناً ، ولكنها سككت عن الطلاق بسبب الأيلاء فهل يعتبر الطلاق الواقع به بائناً كما هو مذهب الحنفية أو يكون رجعياً كمذهب مالك والشافعي ؟

هذه المسألة يتنازعها أمران . أولها أن الأصل فيها سكوت عنه القانون يرجع فيه إلى مذهب الحنفية وهذا يقتضي أن يكون الطلاق فيها بائناً .

وثانيها : أن القانون صرح بأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً وكل طلاق يقع رجعياً إلا كذا وكذا ولم يعد هذا الطلاق من المستثنيات ، كما أن المذكرة الأيضاحية بينت الحالات التي يبقى فيها العمل بمذهب الحنفية ولم تذكره منها ، وهذا يقتضي أن يكون الطلاق فيها رجعياً .

فأصبحت بذلك مترددة بين الرجعية والبائنة فيبحث عن المرجح . ومن يصدق للنظر يجد أن الأصل الثاني أقوى من الأصل الأول ، لأن الأول عام والثاني خاص بالموضوع وبخاصة إذا لاحظنا أن مسلك القانون بوجه عام يميل إلى التخفيف في أمور الطلاق ، ولا شك أن ذلك يرجح كونها رجعية ، ولأن أدلة المذهب الذي يجعل الأصل في الطلاق الرجعية أقوى من أدلة المذهب المقابل به كقوله تعالى « ويعولتن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » فيثبت ذلك الحق له فيها عدا ما استثناء الدليل .

أحكام المطلق الرجعي والبائن

إذا كان عقد الزواج يترتب عليه جملة من الآثار . منها ملك الزوج الاستمتاع بزوجه ، وثبوت التوارث بين الزوجين ، وأن الزوج يملك تطليق زوجته ثلاث تطليقات فتبقي الزوجة حلالا لزوجها ما لم يستنفذ الطلقات الثلاث يجوز له أن يعقد عليها بعد طلاقها الأول والثاني . فما أثر الطلاق في تلك الآثار ؟ لا شك أن تلك الآثار تتأثر بالطلاق غير أن الأثر يختلف باختلاف نوع الطلاق .

فالطلاق الرجعي لا يؤثر في الرابطة الزوجية ما دامت العدة موجودة . فملك الاستمتاع باق للزوج فله معاشرتها معاشرته الأزواج ويكون ذلك رجعة له عند الحنفية ، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر ولا يحس مؤخر الصداق ، لأن الزواج لم ينته بعد ، فإذا انتهت العدة انتهى ملك الاستمتاع وحصل مؤخر الصداق وانتهى سبب التوارث ، لكن حل هذه المرأة باق يجوز لمطلقها أن يعقد عليها في أي وقت ما لم تتزوج غيره . غير أن الرجل يصبح بعدها لا يملك تطليقها إلا مرتين فقط بعد أن كان يملك ثلاثا ، وعلى ذلك لا يكون للطلاق الرجعي أثر إلا نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، وتحديد أمد الزوجية بمدة العدة بعد أن كانت دائمة غير محدودة ، فإذا ما انتهت العدة بقت منه المرأة وانتهى ملكه ولا يجوز له قربانها إلا بعد عقد جديد ، وهذا معنى قول الفقهاء : إن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل ما دامت العدة قائمة وقد نص قانون حقوق العائلة في المادة - ١١٢ - على أن : « الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق إرجاع زوجته قولاً أو فعلاً ولا يمسقط هذا الحق بالأسقاط » وفي المادة - ١١٥ - على أن : « الرجوع صحيح بعد الطلاق الأول الرجعي وكذا بعد الثاني » .

أما الطلاق البائن بينونة صغرى فيظهر أثره في الأمور الآتية :

١ - أنه يزِيل ملك الاستمتاع . فلا يحل له منها شيء إلا إذا أعادها بعقد جديد ، ومن هنا لا يزِيل حل المرأة حيث لم يوجد سبب يحرمها عليه ، فيجوز له العقد عليها في أي وقت في العدة أو بعدها ، وهذا معنى قول الفقهاء : إن الطلاق البائن بينونة صغرى يزِيل الملك لا الحل .

٢ - يحل به مؤخر الصداق المؤجل .

٣ - يمنع التوارث إذا مات أحدهما في أثناء العدة لانتهاء سبب الأثر وهو الزوجية إلا إذا كان الطلاق في مرض موت الزوج بقصد الفرار من ميراثها فإنها ترثه إذا مات قبل انقضاءها .

٤ - ينقص به عدد الطلقات .

وبهذا جاءت المادة - ١١٧ - من قانون العائلة تقول : « الطلاق البائن يزِيل الزوجية في الحال ولا يمنع طلاق واحد بائن أو طلاقان من تجديد النكاح وتحصل البينونة بعد الطلاق الثالث » .

أما البائن بينونة كبرى فإنه يقطع الزوجية ولا يبقى لها أثر بعده إلا العدة . وأحكامها ، فيحل مؤخر الصداق وينع التوارث إلا إذا كان الطلاق بقصد الفرار من الميراث ، وتحرم على المطلق تحريماً مؤقتاً فلا يحل له أن يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر ويدخل بها ثم تنتهي هذه الزوجية بالموت أو الطلاق ، وهذا معنى قولهم : إن البائن بينونة كبرى يزِيل الأمرين الملك والحل معاً بمجرد وقوعه لكنه زوال مؤقت .

وبهذا صرحت المادة - ١١٨ - ونصها « تزول البينونة القطعية إذا تزوجت الزوجة بعد انقضاء عدتها بأخر بدون قصد التحليل وقارياً الزوج الآخر ثم فارقتها وانقضت عدتها » .

وقد نبهنا من قبل إلى أن الجسرية يرافقون جامعي فقهاء أهل السنة في أن

الطلاق الثالث يحرم الزوجة مؤقتاً حتى تزوج زوجاً آخر لكنهم استثنوا صورة واحدة جعلوا التحريم فيها مؤبداً وهي ما إذا طلقها رجلاً ثم راجعها في العدة وخالطها، ثم طلقها في طهر آخر غير الذي خالطها فيه ثم راجعها كذلك إلى أن يتم الثلاث وتزوج آخر ويطلقها ويمقد عليها الأول ويطلقها ثلاثاً على الوجه السابق، ثم يمقد عليها بعد الزوج الثاني فيطلقها ثلاثاً وحينئذ يكون ما أوقفه عليها تسع تطليقات فتحرم عليه ويسمون هذا النوع من الطلاق طلاق العدة .

المبحث الثالث

في الرجعة

قلنا إن الطلاق الرجعي : هو الذي يملك الزوج إرجاع زوجته بعده أثناء العدة بدون عقد جديد ، لأن الطلاق الرجعي لا يؤثر في الزواج ولا في أحكامه ، ونريد هنا أن نبين معنى الرجعة ، ومن له الحق فيها من الزوجين ، وما تحصل به الرجعة ، وشروطها والحكم في اختلاف الزوجين فيها فنقول :

الرجعة كما عرفها فقهاء الحنفية . هي استدامة الزوجية القائمة بالقول أو بالفعل أثناء العدة . وإنما كانت الرجعة استدامة للزوجية . لأن الطلاق الرجعي لا يؤثر في عقد الزواج إلا بتعديده بدة العدة ، فإذا راجع الزوج زوجته فقد ألقى عمل الطلاق في هذا التعديد واستدام الزواج بعد أن كان على وشك الانتهاء .

من له حق الرجعة من الزوجين :

الرجعة حق أثبتته الشارع للزوج وحده في فطرة العدة إن شاء استعمله

رضيت الزوجة أو لم ترض وإن شاء تركه . لقوله تعالى « ويعولثن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » بعد أمر النساء بالترصص مدة العدة ، فقد جعل أزواج المطلقات أحق برجعتن في مدة العدة إذا رأوا في الرجعة مصلحة ، فإذا لم يجد الزوج فيها مصلحة تركها بلا مراجعة حتى تنتهي عدتها فتبين منه .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر في قصة طلاق ابنه عبد الله لزوجته وهي حائض : « مرة فليراجعها » ، وإذا ثبت هذا الحق للزوج لا يملك إسقاطه بالقول أو التنازل عنه . كان يقول بعد طلاقها : أسقطت حقي في الرجعة أو لا رجعة لي عليك ، فإن فعل ذلك لا يسقط حقه وله مراجعتها بعد ذلك ، لأن الشارع جعل الرجعة حكماً من أحكام الطلاق الرجعي وأثره من آثاره بترتيبها عليه في قوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » فلو أسقطه المطلق كان مفيراً لما شرعه الله ، ولا يملك أحد ذلك التغيير .

وقد صرح بهذا قانون حقوق العائلة في المادة ١١٢ - فقد جاء فيها « ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط » .

ما تتحقق به الرجعة :

تتحقق الرجعة بأحد أمرين . بالقول وما يقوم مقامه من الكتابة أو الإشارة ، وبالفعل . أما الرجعة بالقول فتكون بالألفاظ الصريحة . وهي التي لا تحمل غير الرجعة . نحو راجعت زوجتي أو أمسكتها أو رددتها إلى عصمتي ، أو يقول مخاطباً لها راجعتك أو أمسكتك أو رددتك ...

وهذه الألفاظ لا تحتاج إلى النية لصراحتها ، وتتحقق الرجعة بهذه الألفاظ باتفاق الفقهاء وعليها اقتصر الجعفرية لأن الرجعة كالطلاق لا تكون إلا بالألفاظ الصريحة .

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنها تكون بلفظ من ألفاظ الكتابة وهي التي تحمل الرجمة وغيرها . كقوله لها : أنت امرأتي ، أو أنت عندي كما كنت إذا نوى بها الرجمة أو دل الحال على إرادتها ، لأن اللفظ الأول يحتمل أنها بمنزلة امرأته في الأكرام والمحزة ، والثاني يحتمل الرجمة وأنها كما كانت قبل الطلاق في رعايته لها وعنايته بها .

ويقوم مقام اللفظ في تحقيق الرجمة الكتابة على الصورة التي بينها في الطلاق وكذلك الإشارة من المأجور عن النطق كالأخرس .

وأما الرجمة بالفعل فتكون بكل فعل يوجب حرمة المصاهرة من المخالطة الجنسية ومقدماتها من النكاح والتبديل بشهوة عند الحنفية والجمعونية ^(١) لأن ذلك يدل على رغبته في بقاء الزوجية .

وزاد الحنفية الفعل من جانبها ، فقالوا : إذا قبلته أو لمسته بشهوة وهو يعلم ولم يمتنعها كان ذلك رجمة من غير خلاف بين أئمة المذهب .

أما إذا فعلت ذلك بدون علمه كان فعلته وهو نائم أو خلسة فأمر حنيفة ومحمد يعتبران ذلك رجمة ، لأن فعل ذلك يوجب حرمة المصاهرة لا فرق بين الرجل والمرأة فتكون رجمة حيث لا فارق .

وأبو يوسف يرى أن لا تثبت به رجمة ، لأن الرجمة حق الزوج فقط ، ولو جعلنا فعلها هذا رجمة لشاركته هذا الحق ، أما ثبوت الرجمة بفعلها وهو يعلم ذلك فهو في الحقيقة راجع إلى فعله لأنه يتمكنها وأقراره لها على فعلها قد فعل بما يدل على رغبته في استدامة زواجها وإلا كان عاصيا .

(١) جاء في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٠ « ولو قبل أو لامس بشهوة كان ذلك رجمة لأنه يتضمن التمسك بالزوجية .

شروط صحة الرجمة .

لا تصح الرجمة إلا إذا توفر فيها الشروط الآتية :

١ - أن تكون بعد طلاق رجعي في أثناء المدة . فإن كان الطلاق بائناً لاتصح ، لأن البائن يزول الملك فتملك نفسها . فلا يملك المطلق إعادتها إلا بمقد رضائي منها ، وإن كان رجعياً وانتهت المدة فلا تصح أيضاً لأن المدة إذا انتهت زالت رجعية الطلاق وأصبح بائناً فيقبل باب الرجمة .

٢ - أن تكون الرجمة منجزة غير مطلقة ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأنها استدامة النكاح فتكون شديدة به ، وكما لا يصح التعليق والأضافة في إنشائه لا يصح في استدامته . فلو قال لها : إن لم أتزوج في هذا الشهر فقد راجعتك ، أو إن حضر أبوك فقد راجعتك لا تصح للرجمة ، وكذلك لو قال لها : راجعتك في أول الشهر القادم ، وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة فالمادة - ١١٤ - منه تقول : الرجوع المطلق بالشرط والمضاف للزمن المستقبل ليس بصحيح .

٣ - يشترط الحنفية في الرجمة بالقول أن يكون المراجع أهلاً لمباشرة عقد الزواج ، فلا تصح من المجنون أو النائم أو المغمى عليه ، وكذا السكران على التفصيل السابق عندهم ، وتصح مع الإكراه أو الهزل ، أما الرجمة بالفعل فلا يشترط فيها ذلك ، فلو طلقها ثم جن أو أصابه عته أو سكر ثم فعل بها فعلاً لا يجب حرمة المصاهرة كان ذلك رجعة .

ولا يشترط في صحة الرجمة الأشهاد عليها عند جمهور الفقهاء منهم الحنفية والجمهورية ، فتصح وإن لم يشهد عليها أحداً ، لكنه يستحب الأشهاد لئلا تكون عرضة للإنكار من جانب الزوجة بعد انقضاء عدتها ولا يستطیع إثباتها ، ودفعاً للتهمة عنه قبا إذا علم الناس بطلاقها ثم راجعها بدون إشهاد فإنه يكون عرضة للاتهام بأنه يعاشرها بغير زواج .

كما لا يشارط إعلام الزوجة بها وإن كان يتدب إعلامها حتى لاتقع في محذور
بأن تزوج غيره بعد انتهاء عدتها أو يقع بينها النزاع فيها بعدها .

اختلاف الزوجين في الرجعة .

إذا كانت الرجعة تصح من الزوج بدون إشهاد ولا إعلام للزوجة بها فقد
يحصل أن يطلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً ثم يدعي أنه راجع زوجته فإن
وافقت على دعواه تمت الرجعة ، وإن خالفته فقد يكون الخلاف في وقوع الرجعة ،
وقد يكون في صحتها بعد اتفاقها على وقوعها .

فإن كان الخلاف في وقوعها ، بأن يدعي الزوج حصولها وتكرر الزوجة
ذلك . ينظر في وقت هذا النزاع ، فإن وقع قبل انقضاء المدة فالقول قول
الزوج ولا يلتفت إلى إنكار الزوجة ، لأنه أخبر بشيء يمكنه إنشاءه في الحال
فيصدق في دعواه ، لأنه لا فائدة في تكذيبه حيث يستطيع حينئذ مراجعتها
ما دامت المدة قائمة . بل إن ادعاء الرجعة يعتبر في الواقع رجعة لأنه يتضمن
تمسكه بالزوجة .

وإن وقع النزاع بعد انقضاء المدة طوّل الزوج بالينة فإن أقامها ثبتت
الرجعة حتى ولو كانت تزوجت غيره بعد انتهاء المدة اعتقاد منها أنه لم يراجعها
فإنه يفسخ ذلك العقد ولو بعد الدخول لأنه ثبت أنه عقد فاسد .

وإن عجز عن إقامة البينة فالقول قول الزوجة بلا يمين عند أبي حنيفة ،
وقال أبو يوسف ومحمد القول قولها مع اليمين . وهو الراجح المقتضى به ويجري
عليه العمل . والجفرية هنا يقولون : إن القول قولها مع اليمين كقول
المصاحين .

وإن كان الخلاف في صحة الرجعة . بأن راجع الزوج زوجته فقالت :

إنها غير صحيحة لأنها جاءت بعد انقضاء العدة ، وقال : إنها صحيحة لأن العدة لا تزال قائمة .

وفي هذا الخلاف إن كانت العدة بالحيض ينظر في المدة التي مضت بين الطلاق والوقت المدعي فيه الرجعة ، فإن كانت تسع ثلاث حيضات كان القول قولها مع اليمين . لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعلم إلا من جبتها فإن حلفت أن عدتها انتهت قضى بدعواها ، وإن امتنعت عن اليمين حكم بدعوى الزوج وصحت الرجعة لظهور كذب دعواها .

وأقل مدة تنتهي فيها العدة بالقروء عند أبي حنيفة ستون يوماً ، لأنها مقدرة بثلاث حيضات يتخللها طهران ، وأكثر مدة الحيض عشرة أيام ، وأقل مدة الطهر الفاصل بين الحيضتين خمسة عشر يوماً ومجموع ذلك ستون يوماً . وهذا الرأي هو الراجح في المذهب .

وعند الصاحبين أقل مدة تسعة وثلاثون يوماً باعتبار أن أقل مدة الحيضة ثلاثة أيام .

وأقل مدة تنتهي فيها العدة بالأقراء عند الجعفرية ستة وعشرون يوماً ولحظتان . لأن العدة عندهم بالأطهار فإذا طلقها في اللحظة الأخيرة من الطهر احتسب من العدة فإذا مضى بعد ذلك حيضتان وطهران انتهت العدة بمجرد رؤية الدم من الحيضة الثالثة بعد الفرقه ، هذا إذا كانت عادتها مستقرة بالزمان فإن اختلفت صبرت إلى انقضاء أقل الحيض أخذاً بالاحتياط (١) .

المبحث الرابع

في زواج التحليل

قدمنا أن الطلاق البائن بينونة كبرى يحرم به المرأة على مطلقها تحريماً مؤقتاً حتى تتزوج زوجاً آخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً لأن القرآن جعل زواجها بغيره غاية التحريم « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » وجاءت السنة وبينت المراد من النكاح ، وهو أنه ليس بمجرد العقد ، بل العقد الذي يتبعه دخول حقيقي . فإما رواه البخاري وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة القرظي فأبى طلاقاً فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدية الثوب ، فتبسم رسول الله وقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تدوقي عسيلته ويدوق عسيلتك ، ولأن ربط حلها بزواجها غيره قصد به الزجر عن الطلاق والتأني فيه ، ولا يتحقق الزجر بمجرد العقد لأن للنفس تقبله ولا تأنف منه ، فكان لا بد من الدخول الحقيقي .

هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء لم يشذ عنه إلا ما روي عن سعيد بن المسيب إن مجرد العقد كاف في التحليل ، وقيل أنه روي عن سعيد بن جبير أيضاً ، وهذا قول غريب لم يرتضه أحد ولعل الحديث لم يصلها ، وإذا كان الشارع شرط في الحل النكاح فلا يكون إلا النكاح الصحيح ، فإذا كان العقد فاسداً لا تحل به ولو كان بعده دخول ، وكذلك إذا كان صحيحاً ولم يكن معه دخول حتى ولو كان معه خاترة صحيحة .

والأصل في الزواج الصحيح أن يكون قائماً على الرغبة من الجانبين للعيش الدائم وتكوين الأسرة فلا قيد بوقت معين كان فاسداً .

ولكن الناس فهموا هذا الأمر على غير حقيقته . فظنوا أن زواج الزوج الثاني ليس مقصوداً لذاته ، وإنما قصد به تحليل المرأة لزوجها الأول فكانت ما يحدث كثيراً أن يقع هذا الزواج بقصد التحليل إما بمجرد النية والقصد عند العقد من غير أن يصدر منها كلام يدل على ذلك القصد ، وإما مع اشتراط أثناء العقد أو قبله . كأن يقول لها : تزوجتك على أن أحلك لطلقك مما جعل الفقهاء ي بحثون في هذا العقد من جهة صحته وأنه يحقق التحليل أو لا . وإليك إجمال آراء الفقهاء فيه .

فالمالكية والحنابلة يذهبون إلى أن زواج التحليل فاسد لا فرق بين ما اشترط فيه التحليل في العقد أو قبله أو بعده وبين ما نوى فيه فقط بدون اشتراط . لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : ألا أخبركم بالتيس المستمار ؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال : « هو الحلل لمن الله الحلل والحلل له » ، فهذا يدل على أن عقد التحليل غير صحيح على أي وجه وقع لعدم التفصيل .

وهذا ما فهمه أصحاب رسول الله . فقد روى عن عمر أنه كان يقول : « لا أوتي بمحلل ولا بمحللة إلا رجمتها بالحجارة » والرجم بالحجارة لا يكون إلا على الزنا .

وروى نافع عن ابن عمر أن رجلاً قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم تعلم قال : إلا نكح رغبة إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارتقتها كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ .

ولأن زواج التحليل زواج مؤقت . وهو غير صحيح لأنه لا يحقق الأغراض التي من أجلها شرع الزواج .

وأما الشافعية والحنفية والجعفرية فقد فصلوا في المسألة بين ما إذا كان التحليل مجرد نية لم يوجد ما يدل عليها أثناء العقد وبين ما إذا كان مشروطاً فيه .
فإن كان منوطاً فقط صح العقد وأفاد الحل إذا تم على الوجه المرسوم شرعاً لعدم وجود ما يؤثر في العقد بالفساد .

أما إذا شرط فيسه فالشافعية يذهبون إلى فساد العقد لوجود الشرط الفاسد الذي يقتضي فساد العقد ، وأبو يوسف من الحنفية يذهب إلى فساد ، لأنه اقترن بشرط فاسد ، بل لأن هذا العقد في معنى الزواج المؤقت ، والزواج يفسده التأنيث ، فلا تحل به المرأة لزواجها الأول ولو حصل فيه دخول حقيقي ، وذهب محمد بن الحسن إلى أن العقد صحيح لكنه لا يحل المرأة لزواجها معاً لها بنقيض مقصودهما حيث تصحلاً أمراً آخره الشارع فاستحقا العقاب . كما إذا قتل الوارث مورثه .

وذهب أبو حنيفة والجعفرية إلى أن هذا الزواج صحيح ، لأن هذا شرط فاسد ، والزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة ، فيلغو الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً ، ولكنه يكون مكروهاً لحديث « لمن الله الحمل والمحلل له » .

وإذا كان العقد صحيحاً فللزواج الثاني البقاء مع زوجته لا يستطيع أحده جبره على مفارقتها ، فإذا فارقتها باختياره أو مات عنها وانتهت عدتها حلت للأول بهذا الزواج .

ومن يعم النظر في تلك الآراء يجد أرجحها القول بالفساد ، لأنه في معنى الزواج المؤقت وهو فاسد بالاتفاق ، وإنما كان في معنى المؤقت ، لأن معنى حلها للأول ألا يكون دائماً ، لأنها لا تحل للأول ما دامت زوجة الثاني ، بل بعد انتهاء تلك الزوجية ، ومن هنا يأتي التأنيث وإن لم يكن صريحاً ، والعبرة في العقود بالمعاني لا بمجرد الألفاظ ، والعمل يجري في مصر على قول أبي

حقيقة لأنه الراجح في المذهب .

وأما قانون حقوق العائلة فتنص المادة - ١١٨ منه على أن «البينونة الكبرى تزول بالزواج الثاني بدون قصد للتحليل» .

أثر الزواج الثاني في طلاق الزوج الأول .

عرفنا أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث تطليقات حرمت عليه ، فإذا تزوجت بغيره وطلقها أو مات عنها وانتهت عدتها حلت للزوج الأول ، فإذا تزوجها عادت إليه بجل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات . وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء لثبوته بالنصوص الصريحة .

أما إذا طلقها أقل من ثلاث « واحدة أو اثنتين » ثم تزوجها قبل أن تنزوج بآخر فإنها تعود بما بقي له من الطلقات واحدة كانت أو أكثر بلا خلاف ، لأنها بطلاقا واحدة أو اثنتين لم تحرم عليه والزوج لا يملك على المرأة في الحل الواحد أكثر من ثلاث .

لكن الخلاف فيما إذا طلقها أقل من الثلاث ثم تزوجت بآخر ، فهل يهدم ذلك الزواج طلاق الزوج الأول بحيث لو تزوجها بعد ذلك تعود إليه بحسب جديد يملك فيه ثلاث تطليقات أو لا يهدمها فتعود إليه بباقي تطليقات الزواج الأول ؟ هذه المسألة هي المعروضة عند الفقهاء بمسألة الهدم ، ولم يرد فيها نص ولكن نقل عن الصحابة رأيان أولهما : أنها تعود إليه بجل جديد ، وثانيها : إنها تعود بالباقي .

ومن هنا اختلف فقهاء المذهب الحنفي على رأيين :

فأبو حنيفة وأبو يوسف يفهمان إلى أن الزوج الثاني يهدم الأقل من الثلاث فتعود المرأة إلى زوجها الأول بثلاث تطليقات . وهو أشهر الرأيين عند الجعفرية . لأن الزوج الثاني إذا هدم الثلاث بالاتفاق وإنشأ جديدا فاولى أن

يهدم الأقل ويكمل الحل الناقص ، ولأنها لما تزوجت الثاني حرمت على الأول ما دامت زوجة ، وإذا حرمت عليه زال حلها ، فإذا طلقها الثاني وانتهت عدتها زالت حرمتها وعادت إليه بحل جديد غير الأول الذي سقط بالزواج لأن الساقط لا يعود .

وذهب زفر ومحمد بن الحسن إلى أنه لا يهدم الأقل من الثلاث . فإذا عادت إليه عادت بالباقي واحدة أو اثنتين ، لأن الحل الأول لا يزول إلا بثلاث تطليقات ، فإذا طلقها أقل من ذلك لم تحرم عليه حيث يحل له العقد عليها ، فإذا تزوجت غيره وطلقها عادت إلى الأول بحلها السابق وهو ناقص . فيملك عليها ما بقي له من تطليقات .

ومع وجاهة هذا الرأي وقوة دليله رجح الفقهاء القول الأول وجعلوا الفتوى به وعليه يجري العمل في مصر .

المبحث الخامس

في طلاق المريض مرض الموت

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحاً كان أو مريضاً ما دامت أهليته للتصرف موجودة ، فإنه لا سحر عليه في ذلك . هذا قدر متفق عليه بين جماهير الفقهاء في كل عصر .

فإذا طلقها طلاقاً رجعياً ومات وهي في العدة ورثته بلا خلاف لقيام الزوجية حكماً التي هي سبب للأرث يستوي في ذلك الطلاق في الصحة أو المرض .

وإذا طلقها طلاقاً بائناً بينونة صغرى أو كبرى انقطعت الزوجية فلا ميراث لها مات في السدة أو بعدها إذا كان الطلاق في حالة الصحة أو المرض العادي الذي لا يسلم إلى الموت .

أما إذا كان الطلاق في مرض الموت فأكثر الفقهاء على أنها ترثه لأنه يعتبر قاراً من ميراثها في هذه الحالة فيعامل بنقيض مقصوده ، وليس في ذلك كتاب ولا سنة ، وإنما كان من مواضع اجتهدات الصحابة رضوان الله عليهم .

فقد نقلت عنهم أقوال في ذلك كانت سبباً في اختلاف الفقهاء من بعدم منها توريث عثمان امرأة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته طلاقاً مكملًا للثالث .

ولسنا هنا بصدد تفصيل أقوال الفقهاء في ذلك ، فنكتفي ببيان مذهبي الحنفية والجمهرية المعمول بها في مصر ولبنان ، وقبل ذلك نبين المراد بمرض الموت الذي كان مثار اختلاف الفقهاء فنقول :

أحسن ما قيل في تعريفه : إنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت سواء أكان بسببه أم كان بسبب آخر .

واختلف الفقهاء في أماراته . فمن قائل : هو الذي يمجز صاحبه عن العمل ، ومن قائل : هو الذي يلزم صاحبه الفراش ، أو الذي لا يستطيع صاحبه المشي إلا بمعين إلى غير ذلك ، والمرجع في بيان ذلك الآن إلى رأي الأطباء بمد تقدم الطب ووضوح التمييز بين الأمراض وأجها يقبل الشفاء وأجها لا يقبلها .

وقد ألقى فقهاء الحنفية بالمرضى مرض الموت في أحكامه كل من كان صحيحاً في حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالأعدام ولا أمل في براءته وحيز لتنفيذ الحكم عليه إذا طلق زوجته بائناً وتوفي قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده قبل انتهاء عدة زوجته ، ومن كان في معركة حربية ووقف في الصف

الأول للقتال أو في موضع الخطر ، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل جانب ، أو كان في بلد عمه الوباء القاتل إذا توفي في هذه الحالة .

يقول الحنفية : إن المريض مرض الموت ومن في حكمه إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ومات قبل أن تنتهي عدتها ورثته ، لأنه يعتبر فاراً من ميراثها فيعامل بتقيض مقصوده كالقاتل لمورثه الذي حرمه الشارع من ميراثه ، أما إذا توفيت هي في العدة فلا ميراث له منها لأنه فوت على نفسه الميراث بهذا الطلاق لكنهم اشترطوا لاعتباره فاراً فراراً موجباً للأثر شروطاً إذا تحققت ثبت لها الأثر ، وإذا تخلفت كلها أو بعضها لم يكن فاراً فلا ميراث لها .

١ - أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول ، فلو كان قبله فلا عدة عليها ، وكذلك إذا طلقها بعد الخوة الصحيحة فإنه وإن وجب به العدة لكن وجوبها للاحتياط معافضة على الأنساب ، والميراث حق مالي لا يثبت احتياطاً .

٢ - أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت طلاقها وتظل على ذلك إلى وفاته ، فلو لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق . كان كانت كتابية ثم أسلمت في عدتها قبل موته فلا يرث حيث لا فرار ، أو كانت أهلاً للميراث عند الطلاق ثم زالت تلك الأهلية . كان كانت مسلمة عند الطلاق ثم ارتدت عن الإسلام فلا ميراث أيضاً وإن رجعت إليه قبل وفاته ، لأنها بردها أسقطت حقها في الميراث فلا يعود بأسلامها بعد ذلك ، لأن الساقط لا يعود .

٣ - ألا تكون الزوجة راضية بهذا الطلاق ، فلو تحقق رضاها بأن كانت هي التي سألته الطلاق أو اقتدت نفسها منه بالمال لا ترث ، لأن رضاها بالفرقة ينفي مظنة فراره من ميراثها .

ولو أكرهت على طلب الطلاق فأبانتها أو طلبت منه طلاقاً رجعياً فأبانتها

كان فاراً^(١) ولها الميراث ومثل ذلك لو قالت له : طلقني فأبانتها لأنها طلبت مطلق الطلاق الذي ينصرف إلى الرجعي فهي لم ترض بالبائن .
 ٤ - ألا يكون الزوج مكروها على هذا الطلاق ، لأنه مع الإكراه لا يتحقق رضاه به فلا يكون فاراً .

٥ - أن يموت في مرضه الذي أوقع الطلاق فيه وهي في المدة ، فإذا انتقضت عدتها قبل وفاته فلا ميراث لها لانعدام سببه ، وكما يتحقق الفرار من الميراث من الزوج يتحقق أيضاً من المرأة . وحينئذ تعامل بنقيض مقصودهما ويرثها الزوج إذا ماتت قبل انتهاء عدتها ، كما إذا فسخ الزواج بسبب من جهتها وهي مريضة مرض الموت أو في حكم المريضة ، بأن فعلت مع أحد أصوله أو فروعه ما يجب حرمة المصاهرة أو كان الزوج فوض إليها الطلاق فأبانت نفسها في مرض موتها . لكنها لا ترثه إذا مات في عدتها لأنها فوتت على نفسها حق الميراث بقطع وصلة النكاح .

والجعفرية ينهبون إلى أن زوجة الفار ترث منه إذا مات بعد الطلاق بمدة لا تزيد على سنة ما لم تتزوج غيره ولم يبرأ من مرضه الذي طلق فيه ، ولم يكن الطلاق بطلبها ، فلا يبرئ منه قبل مضي سنة من وقت الطلاق أو تزوجت غيره بعد انقضاء عدتها أو مات بعد مدة تزيد على سنة ولو بساعة لا ترثه . فأرثها عندهم مشروط بشروط أربعة :

١ - أن يموت قبل مضي سنة كاملة على طلاقها .

٢ - أن لا تتزوج قبل موته .

٣ - أن لا يبرأ من المرض الذي طلقها فيه .

(١) الجعفرية قالوا : لو سأته طلاقاً رجسياً فأبانتها لا يكون فاراً فلا ترثه لأنها بطلبها الطلاق أسقطت حقها في الميراث ولا تضر مخالفة للزوج . الأحكام الجعفرية ص ٦٩ .

٤ - أن لا يكون الطلاق بطلب منها . ويعملون ذلك الحكم خاصا بالمرضى مرض الموت ، أما غيره من ألقه الحنفية به فيعطون طلاقه حكم طلاق الصحيح حيث لا يعتبرونه قارا .

ما يجري عليه العمل في هذه المسألة في مصر ولبنان :
أما في مصر فالعمل يجري بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي يقضي بعدم وقوع طلاق المكره ، وأن كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول ، والمقابل بعوض ، والمكمل للثلاث ، وما نص في القانون على كونه بائنا .

وعلى هذا يشترط لتوفر الفرار أن يكون الطلاق بائنا في نظر القانون مستتبعا للمدة بدون رضا الزوجة . كالطلاق المكمل للثلاث بدون طلبها ، والفسخ من قبله في مرض الموت ، فلا إرث في الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو كان ثلاثا لعدم المدة ولو بعد الخلوة ، لأنه وإن وجبت فيه المدة لكنها وجبت احتياطا لأجل المحافظة على النسب .

ولا أثر لطلاق المكره على الميراث من الجانبين لقيام الزوجية بعده حقيقة . وفي لبنان يجري العمل في المحاكم الجعفرية على مذهبهم السابق بيانه .

أما المحاكم السنية فإن قانون حقوق العائلة لم يمرض هذه المسألة فيكون المرجع فيها مذهب الحنفية غير أنه يلاحظ أن هذا القانون نص في المادة - ١٠٥ - على أن « الطلاق الواقع بالأكراه غير معتبر » . فيرتفع بذلك اشتراط ألا يكون مكرها . فإذا أكره المريض على الطلاق البائن ثم مات فإن الزوجين يتوارثان لقيام الزوجية بينها لأنه لا اعتبار لهذا الطلاق . بينما يمنع المذهب الحنفي التوارث من الجانبين بهذا الطلاق في العدة وبعدمها لانتهاء سبب الإرث وعدم الفرار من الزوج .

الفصل الرابع

في الأتابة في الطلاق

قدمنا أن الطلاق حتى أثبتته الشارع للزوج بها له القوامة على الزوجة ، وكل حق ثبت لشخص له أن يتولاه بنفسه وأن ينيب عنه غيره إذا كان يقبل الأتابة ، والطلاق مما يقبل الأتابة فكما جاز له أن يرقمه جاز أن ينيب عنه غيره في إيقاعه سواء أكان ذلك الغير هو الزوجة أم شخصا آخر .

وهذه الأتابة نوعان :

توكيل : وهو أن يقيم الزوج غيره مقام نفسه في تطليق امرأته وهو لا يكون إلا لأجنبي سواء صدر بلفظ الوكالة أو غيرها كطلق امرأتي ، لأن المرأة لا تكون وكيلة في تطليق نفسها حيث إن الوكيل يعمل للغير ، أما المرأة التي تطلق نفسها فهي عاملة لنفسها ، فتوكيلها يكون تفويضاً لها أي تخليها للطلاق .

وتفويض : وهو تخليك الغير الطلاق ، وهو يكون للزوجة بأي لفظ يفيد ولو كان بلفظ الوكالة ، ويكون للأجنبي إذا علق إقامته على مشيئة ذلك الغير كقوله له : طلق امرأتي إن شئت .

ومن هنا عرف فقهاء الحنفية تفويض الطلاق : بأنه تمليك الزوج زوجته حق تطبيق نفسها أو تمليك غيرها هذا الحق بلفظ يفيد كإذا علقه على مشيئة

والفرق بين التفويض والتوكيل يظهر في أمور :

١ - أن الزوج المفوض لا يملك الرجوع بعد التفويض ، لأن تفويض الطلاق في معنى إنشاء طلاق معلق على إرادة المفوض إليه واختياره ، والمعلق من الطلاق كالتبجز لا يجوز الرجوع عنه ، فلو قال الزوج بعد التفويض : قد رجعت أو عزتلك لا يكون مانعا للمفوض إليه من إيقاع الطلاق ، أما الموكل فيملك الرجوع وعزل الوكيل بالقول قبل أن يوقع الطلاق ، وكذلك بالفعـل . بأن يخالط امرأته مخالطة جنسية ، فإذا قال أو فعل ذلك بطل التوكيل .

٢ - أن التفويض لا يبطل حينئذ الزوج بخلاف التوكيل فإنه يبطل به حيث أن الوكيل يعمل لموكله ويتصرف فيما يملكه ، فإذا بطلت أهلية الموكل بطلت تصرفاته ، فلم يبق للوكيل سلطان يتصرف به .

٣ - أن التفويض يتقيد بالمجلس إذا كان مطلقا عن التقييد بوقت معين أو بعمومه في جميع الأوقات فإذا انتهى المجلس دون إيقاع الطلاق من المفوض إليه بطل التفويض . بخلاف التوكيل فإنه لا يتقيد بالمجلس ، فله أن يطلق في المجلس ويمدده إلى أن يزيل الموكل إلا إذا قيده به .

٤ - إن التفويض يتم بمباراة المفوض ولا يحتاج إلى قبول من المفوض إليه ، أما التوكيل فلا بد لتأيمه من القبول من الوكيل .

ومن هنا قالوا : إن المفوض يعمل بمشيئة نفسه وعلى حسب اختياره لأنه يملك ما فوض فيه وله الخيار في الفعل وعدمه ، والوكيل يعمل بمشيئة الموكل وعلى حسب ما يراه موكله فهو مكلف أن يفعل ما وكل به وليس له

اختيار أن يفعل وأن لا يفعل بعد قبوله الوكالة ، وهو لا يكون ممثلاً إلا إذا فعل ما وكل به .

والملكية التي يفيدها التفويض ليست ملكية خالصة تنقل الحق من مالك إلى آخر ، لأنها لا تسلب الزوج حقه في التطليق ، بل لا تزال ملكيته قائمة بعد التفويض لأن ملك الطلاق حكم من أحكام الزواج وهو قائم فيبقى حقه في الطلاق قائماً ، فله بعد أن يفوض الطلاق إلى غيره أن يطلق زوجته فهو ليس تملكاً محضاً كسائر التملكيات الأخرى بل لا يزال فيه شبه بالتوكيل ، ولو قلنا إنه وسط بين التملك والتوكيل أو أنه خليط منها لما بعدنا عن الحقيقة .

هذا هو مذهب الحنفية في التفويض ، أما الجعفرية فالمشهور عندهم أن تفويض الطلاق للمرأة يكون توكيلاً يجوز له الرجوع عنه ولا يتقيد بالجلس ، فلهفوض إليه أن يطلق في مجلس التفويض وبعده في أي وقت ما دامت الزوجية قائمة ما لم يقيد بوقت معين كدّة شهر أو سنة فإنه يبطل بمضي ذلك الوقت المحدد .

صيغة التفويض :

أكثر ما يكون التفويض للمرأة ، وهو تملك لها سواء كان بلفظ الوكالة أو بغيره كما قلنا .

وصيغة التفويض إما أن تصدر مطلقة عن التقييد أو مقيدة بوقت معين . كطلقي نفسك في مدة شهر من الآن ، أو مقترنة بما يفيد التعميم . كطلقي نفسك متى شئت ، فإن كان مقيداً بوقت تقيده به ، فإذا مضى الوقت بطل التفويض فلا تملك تطليق نفسها بعد ذلك الوقت حتى ولو فوض إليها وكانت غائبة ولم تلم بالتفويض إلا بعد انتهاء مدته ، وإن كان مقيداً بما يفيد الدوام ثبت على الدوام . فلها أن تطلق نفسها في أي وقت ما دامت الزوجية قائمة

ما لم تدره ، وإن كان مطلقا عن التقييد بشيء منها تقييد حقا بالمجلس إذا كانت حاضرة ، وبمجلس عليها به إذا كانت غائبة ، فإذا انتهى المجلس انتهت معه ملكية القوض إليه حق الطلاق ، وكذلك بردها إياه وإعراضها عنه ، لأن التفويض تملك ، والتمليك يقتضي جوابا في المجلس كما في عقد الزواج ، ولأن التأثر عن الصحابة أنهم جعلوا الخيار للخيرة مدة مجلسها ينتهي بانتهائه .

وقت التفويض

التفويض قد يكون بعد تمام عقد الزواج . وهذا صحيح إذا وقع ترتبت عليه آثاره بلا خلاف ، وقد يكون قبل العقد أو مقارنا له .

فإذا كان قبل العقد . كان يقول الرجل للمرأة : إن تزوجتك فأمرتك بكذا تطلقين نفسك متى شئت ثم تزوجها ، كان لها حق تطليق نفسها متى شئت عند الحنفية ، لأنهم يجوزون تعليق الطلاق على الزواج ، وهذا التفويض تعليق للطلاق على الزواج ومشيتها الطلاق حيث لا فرق بين قول الرجل إن تزوجتك فأنت طالق وقوله : إن تزوجتك فأنت طالق إن شئت ، والجمهرة لم يصححوا هذا التفويض لأنهم لا يجوزون تعليق الطلاق .

وإذا كان مقارنا للعقد صح إذا صدر إيجاب عقد الزواج من المرأة مشروطا بتفويض الطلاق إليها وقبل الزوج ذلك . كان تقول المرأة للرجل : تزوجتك على أن أطلق نفسي متى شئت فيجيبها بقوله قبلت ، فيصبح العقد ويكون لها حق تطليق نفسها متى شئت ، أما إذا بدأ الرجل بالإيجاب مشروطا بتفويض الطلاق إلى المرأة . كان يقول لها : تزوجتك على أن تطلقيني نفسك متى شئت ، وتقول له قبلت . فإنه يصح العقد ويبطل التفويض ، لأنه فوض إليها الطلاق قبل أن يتم العقد فيكون قد ملكها طلاقا لم يملكه بعد . بخلاف الصورة الأولى فإن قبول الرجل كان للزواج أولا ثم للشرط المتضمن للتفويض ثانيا . فكان

التفويض واقما بعد تمام العقد وبتمام العقد يملك الطلاق فيقع عليكه لها صحيحا .

والجفيرة لا يصحون هذا التفويض المقارن العقد . بل قالوا إن اشتراطه في العقد مفسد له باتفاق علماءهم^(١) .

ألفاظ التفويض :

عد الحنفية التفويض إذا كان للزوجة ألفاظا ثلاثة : طلقي نفسك وأمرك بيدك واختاري ، وهذه الألفاظ منها الصريح وهو اللفظ الأول ، والكتاية وهي الثاني والثالث . والصريح لا يحتاج إلى نية لا من الزوج ولا من الزوجة عند إيقاعها الطلاق ، وأما الكتاية فلا يثبت بها التفويض إلا مع النية أو ما يقوم مقامها من القرائن أو دلالة الحال ، وكذلك لا يقع بها الطلاق من المفوض إليه إلا بالنية أو ما يقوم مقامها ، لأن الطلاق الذي يصدر من الزوجة بمقتضى التفويض يقع به ما يوقعه الزوج ، لأنه ملكها ما يملكه باللفظ الذي أصدر منه لها .

ولهذا قرروا أنه يقع بالصريح طلاقا واحدة رجعية إلا إذا كان قبل الدخول وكان التفويض في مقابلة مال فإنه يقع بائنا وإن كان مكتملا للثلاث وقمت به ببينة كبرى .

ويقع بالكتاية طلاقا بائنا لأنه لا يتم لها اختيارها لنفسها أو يكون أمرها بيدها إلا بالبينة ، وإذا نوى به الثلاث وقع إذا كان بلفظ أمرك بيدك ، أما في اختاري فلا تصح نية الثلاث غير أنه يشترط في إيقاع الطلاق بلفظ اختاري أن يذكر الزوج أو المرأة أحد لفظين إما النفس أو الاختيارية بأن يقول لها

(١) جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ج ٥ ص ٣٢٨ .

الزوج : اختاري نفسك أو يقول لها : اختاري فتقول : اخترت اختيارة ، لأن ذكر اختيارة يقوم مقام ذكر النفس ، وكذلك لو قالت اخترت أبي أو أمي أو أهلي فانه يقوم مقام النفس فيقع به البائن ، أما إذا قل لها اختاري فقالت اخترت لا يقع به شيء .

ما يملكه المفوض إليه بالتفويض :

وليس لها أن تطلق نفسها بالتفويض إلا مرة واحدة إلا إذا صدر التفويض بصيغة تدل على التكرار . كأن يقول لها : طلقي نفسك كلما شئت ، أو قال لاخر طلقي زوجتي كلما شئت (١) .

والجعمرية يذهبون إلى أنه لا يقع بالتفويض طلاق إلا إذا أوقعت الزوجة بلفظ « أنا طالق » بأي لفظ كان التفويض ، لأن الزوج عندهم لا يملك إيقاع الطلاق إلا بهذه الصيغة كما سبق ويقع به طلاق رجعية واحدة إلا إذا كانت الزوجة غير مدخول بها أو كان التفويض في مقابلة مال أو كانت الزوجة صغيرة لم تبلغ أو كانت ياتسة من الحيض فإن الطلاق يكون بائنا ، وإذا كان مكملًا للثلاث يقع به بثبونة كبرى .

(١) فإذا طلقت نفسها ثلاث تطليقات بناء على الصيغة المفيدة لتكرار ثم تزوجت بزواج آخر وعادت إلى الزوج الأول فلا تملك تطليق نفسها لأنها تعود إليه بملك جديد وحل جديد ولا يبقى معه أو التفويض الذي كان في الملك الأول ، أما إذا طلقت واحدة أو اثنتين فتزوجت بزواج آخر ثم عادت إلى الأول فلا خلاف في مساقاة المدم يجري هنا . فالشيخان « أبو حنيفة وأبو يوسف » يذهبان إلى أنها تلك ثلاثا لأن الزوج يملك عليها فيه ثلاثا لما عدم الزوج الثاني ما سبق ، وينبغي عند بن الحسن إلى أنها لا تملك إلا بقية الثلاث لأن الزوج لا يملك عليها إلا ما بقي حيث إن الزوج الثاني لا يعدم الأقل من الثلاث .

ومذهب الشافعي هنا غير واضح لأن التفويض كان في الملك الأول وما دامت قد عادت إليه بملك جديد فلا أثر للتفويض فيه .

ما عليه العمل في مصر ولبنان :

أما في مصر فالعمل يسير على مقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو ينص في مادته الخامسة على أن « كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

ويعتضى هذه المادة يكون ما يملكه الزوج هو الطلاق الرجعي فيما عدا الصور المستثناة . فبتفويضه يملك الزوجة طلاقاً رجعياً كذلك . فيقع بالتفويض بأي لفظ صريحاً كان أو كناية طلاقاً واحدة رجعية نوى الزوج واحدة أو أكثر إلا إذا كان قبل الدخول أو في نظير عود أو كان مكمل للثلاث . كما أنه لا يقع بالكناية طلاق إلا مع النية ولا تكفي القرينة أو دلالة الحال .

وأما في لبنان فالملحاح الجعفرية تسير على مقتضى مذهبهم . والمحاكم السنية تسير على مذهب الحنفية ، لأن قانون حقوق العائلة لم يمرض لهذه المسألة وكل ما سكته عنه القانون يرجع فيه إلى مذهب الحنفية وقد عرفته .

الفصل الخامس

في الطلاق بموضع الخلع ،

وفيه مباحث

تمهيد : عرفنا أن الطلاق حق للزوج يرقعه في أي وقت عند ما يوجد ما يقتضيه ، وأن الزوجة لا تملكه إلا بتملك الزوج بالتفويض لها ، فلها حينئذ أن ترقعه على ما يقتضيه التفويض ، وأن هذا التفويض يعطيها ذلك الحق مع بقاء حق الزوج في إيقاعه .

كما عرفنا السر في جعل الطلاق بيد الزوج دون الزوجة ابتداء . وهو أن الزوج هو المزمم بالأعباء المالية كلها حتى بعد الطلاق مع ما يمتاز به من قوة التحمل والأناة في أموره ، وبناء على ذلك يستطيع الزوج التخلص من زوجته إذا ما ساءت العشرة وأصبحت الحياة الزوجية جميعاً لا يطاق .

ولكن الشارع الحكيم لم يجعل جانب المرأة بل شرع لها طريقاً للخلاص من حياة زوجية لا تجد فيها راحتها واستقرارها ، فيجعل لها أن تقتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها تعويضاً له عما دفعه إليها حتى لا يضار هو الآخر ، وهذا الاقتداء هو المسمى بالخلع عند جمهور الفقهاء .

أحكام الأسرة (٣٤)

وكان ذلك من رحمة الله بها ، لأن الزوجة قد تنفض زوجها ولا تجسد في المقام معه ما كانت تشده ، وتشدد كراهتها له بحيث تخشى ألا توفيه حقه أو تخرج عن الطريق المستقيم في معاملته وهي لا تملك الطلاق فأخرجها الشارع من هذا الحرج ، وشرع لها الاقتداء للتخلص من رابطة الزوجية على وجه لا رجعة فيه للزوج إلا برضاها (١) .

والقرآن الذي منع الأزواج من أن يأخذوا بما آتوا زوجاتهم شيئا عند الطلاق ألحح الأخذ في هذه الحالة . جاء ذلك صريحا في قوله تعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تمتدوها ، ومن يمتد حدود الله فأولئك هم الظالمون » البقرة / ٢٢٩ .

فهذه الآية منمت الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه للزوجة نظير طلاقها إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله حيث رفع الجناح عنها فيما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها فلا إثم عليها فيما أعطت ولا إثم عليه فيما أخذ .

ثم جاء في السنة تطبيقا لذلك فيما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس : « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : إنني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام » فقال رسول الله : « أتردين عليه حديثه » ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله : « أقبل الحديقة وطلقها »

(١) وفي هذا يقول ابن رشد المالكي في بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٦

والفقه أن القداء إذا جعل للمرأة في مقابلة ما يبد الرجل من الطلاق فإنه لا يجعل الطلاق بيد الرجل إذا ترك المرأة جعل المخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل . ترك المرأة أبي كرمها .

تطبيقه ،^(١) قال العلماء : إن هذا أول خلع حدث في الإسلام ، وقد اتفق العلماء على شرعيته ولم يخالف في ذلك إلا بكر بن عبد الله المزني الشافعي ، وليس له سند صحيح إلا ما ظنه أن آية النساء وهي قوله تعالى : « فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بيتان وإثنا ميينا » نسخة لآية البقرة ، ولعل أحداث الخلع لم تبلفه ، فيكون الخلع مشروعاً بالقرآن والسنة والأجماع .

لكن ينبغي ألا يكون الخلع إلا عند سبب يقتضيه لما رواه أصحاب السنن عن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ : أيا امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة^(٢) .

وكما حذر المرأة من الاقتداء من غير حاجة ، بغض الطلاق إلى الرجل بقوله : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » ، وفوق ذلك يرشد القرآن الأزواج إلى مواضع جهلهم بالمعاقبة في قوله سبحانه : « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا النساء - ١٩ » .

المبحث الأول

في التمرين بالخلع وتحكيه الفقهي

الخلع بفتح الخاء مصدر قيامي خلع يستعمل في الأمور الحسية كخلع ثوبه

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٠٩ . واسم هذه المرأة مشتق فيه فقيل اسمها جنية ، وقيل زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول : وتريد بقولها : إني لا أحب عليه في خلق ولا دين أنها لا تريد مفاوخته لسوء خلقه ولا نقصان في دينه بدليل ما جاء في إحدى الروايات : « لا أطيعه بفسا . ولكني أكره الكفر في الإسلام » أي كثران العشير ولتتصير في صفه بسبب شدة البغض .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٧ .

خلما أزاله عن بدنه ، وفي الأمور المنوية كخلع الرجل امرأته خلما إذا أزال زوجيتها ، وخلعت المرأة زوجها مخالمة إذا اقتدت منه .

والخلع بالضم مصدر سماعي^(١) يستعمل في الأمرين أيضاً لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس « من لباس لكم وأنتم لباس لمن » ، هذا وقد قال الفقهاء : إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية ، والخلع بالضم في إزالة الزوجية ، وعرفه فقهاء الحنفية بأنه : إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة .

وهذا التعريف يفيد أن الخلع عندهم لا يتحقق إلا إذا توفرت فيه الأمور الآتية :

١ - أن يكون ملك المتعة قائماً حتى يمكن إزالته . بقيام الزوجية حقيقة أو حكماً ، فإذا لم تكن قائمة لا يتحقق كما لا يكون في النكاح الفاسد خلع لأنه لا يفيد ملك المتعة .

٢ - أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالإبراء والافتداء . كأن يقول لها : خالك على كذا أو يارأتك على كذا أي فارقتك على كذا ، أو افتدي نفسك بكذا ، وتقول المرأة : قبلت ، ولو قال لها : طلقتك على مائة مثلاً لم يكن خلماً بل طلاقاً على مال^(٢) ، والخلع والطلاق على مآل مختلفان في بعض

(١) وقيل أنه اسم مصدر لكن ينبغي أن يكون اسم مصدر الخلع المشتق من خالغ لا من خلع لأن اسم المصدر ما نقصت حروفه عن حروف فعله ولا يتحقق ذلك إلا في مصدر خالغ .

(٢) يقول الكيال بن المسلم في فتح القدير ج ٣ ص ٢٢٢ ، لفظ الخلع المقرون بالمال يكون خلماً ، وإن لم يقترن بالمال . فإن نرى به الخلع أنصرف البدل إلى المهر وكان خلماً ، وإن نرى به الطلاق كان طلاقاً بئناً ولا يتوقف على قبول المرأة لأنه خال من المارضة ، وإن لم ينسب به الطلاق لا يقع به شيء .

الأحكام فكان لا بد من التمييز بينها في الصيغة التي يقع بها كل منها^(١).

٣ - أن يكون في نظير عوض من جهة الزوجة سواء كان مالا أو غير مال كما سيأتي تفصيله فإن ذكر العوض فالأمر ظاهر ، وإن لم يذكر بأن قال لها : خالمتك أو بارتك فقط يرجع إلى نيته فإن نوى به الخلع وقع وانصرف البذل إلى مهرها وتوقف على قبولها ، وإن نوى به الطلاق كان طلاقا نائبا عن توقف على قبول الزوجة ، وإن لم ينو به شيئا ولم توجد قرينة تدل على إرادة أحدهما لا يقع به شيء^(٢).

٤ - رضا الزوجة به إذا صدر من الزوج ، ورضا الزوج إذا صدر من الزوجة ، لأنه ليس إسقاطا محضا كما في الطلاق المجرد بل فيه معنى المعارضة وبخاصة من جهة المرأة ، فلا صدر من الزوج ولم تقبل الزوجة لا يقع به شيء ، وكذلك لو قالت المرأة خالعتي على مائة مثلا ولم يقبل الزوج .

حقيقة الخلع أو تحكييفه الفقهي :

رأيت أن الخلع في حقيقته عقد بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجيتها نظير بدل فهو طلاق يشترك فيه الزوجان ولا يتم من جانب واحد كالطلاق المجرد الذي يوقمه الزوج أو وقمه الزوجة بتفويض من الزوج لها :

(١) خالف الشافعية في التفرقة بينها فذهبوا إلى أن الكفرقة في نظير العوض تكون خلعا بأي لفظ كانت فللدار عندهم في تحقق الخلع على وجود العرض فإذا لم يوجد العوض لا يكون خلعا ، ووافقه الظاهرية في ذلك ، ووافقه المالكية نيا إذا وقعت الكفرقة بتغير لفظ الخلع أو ما في معناه أما إذا كانت بلفظ الخلع فلا يشترط وجود العوض فيقع الخلع عندهم بهذا اللفظ مطلقا ذكر العوض أو لم يذكر .

(٢) وعلى ما عليه العمل في مصر من أن كل طلاق يقع رجعيا إلا ما نص القانون على أنه بائن يقع به إذا نرى الطلاق طلاقا رجعيا ، ولا عبرة بالقرائن على ما سار عليه القانون وهو منسوب للشافعية .

وقد عرفنا أن هذا الطلاق يعتبر يمينا سواء أوقفه الزوج أو الزوجة . فهل الطلاق الذي يشترك فيه الزوجان ولا يتم إلا بإرادتها مجتمعة يعتبر يمينا منها كذلك أو يختلف وضع كل منها عن الآخر ؟

يرى أبو يوسف ومحمد أنه يعتبر يمينا من الجانبين . أما أبو حنيفة فيرى - ورأيه الراجح في المذهب - أنه يعتبر يمينا من جانب الزوج لأن الزوج الذي يقول لزوجته خلعتك على مائة دينار يكون هذا القول منه تمليقا للطلاق على قبولها دفع المائة ، وكأنه قال لها : إن دفعت مائة دينار خلعتك ، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج ، ويكون معارضة من جهة المرأة ، لأنها بقبولها التزمت بما أوجبه الزوج في نظير افتدائه نفسها وخلاصها من قيود الزوجية ، وكأنها قالت رضيت أن اشتري عصمتي منك بهذا البذل غير أنها ليست معاوضة خالصة بل لها شبه بالتبرعات لأن المعارضات الخالصة يكون كل من البدلين مالا أو شيئا يقوم بالمال ، وما يخص للمرأة في نظير المال ليس إلا خلاص نفسها وهو ليس بمال ولا في حكم المال ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة .

وقد انبنى على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الأحكام الآتية :

١ - إذا صدر إيجاب الخلع من جانب الزوج بأن قال لها : خلعتك على مائتي دينار فليس له أن يرجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوجة ، لأن قوله في معنى تعليق الطلاق ، والطلاق المعلق كالتمجز لا يصح الرجوع عنه .

٢ - إنه لو قام من المجلس الذي أوجب الخلع فيه قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه فلو قبلت في مجلسها بعد قيامه ثم به الخلع لأنها مقيدة بمجلسها هي ، ولأن قيامه يعتبر رجوعا عن الإيجاب دلالة ، وإذا لم يملك الرجوع صراحة لا يملكه دلالة من باب أولى .

٣ - يجوز للزوج أن يعلق الخلع على أمر سيحدث في المستقبل أو يضيفه

إلى زمن مستقبل . كأن يقول لها : إن تزوجت عليك فقد خالعك على كذا ، أو خالعك على كذا غدا فقبلت عند تحقق للشرط أو بعبارة التمتع الخلع ، أما إذا قبلت قبل تحقق الشرط أو بعبارة الوقت المضاف إليه يكون قبولها لغوا ، لأن التعليق بالشرط والأضافة إلى الوقت إيجاب عند وجود للشرط والوقت .

٤ - لا يجوز له أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع . كأن يقول لها : خالعك على كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام ، لأن الخلع يمين من جانبه والخيار لا يكون في الأيمان لأنه لا يملك الرجوع فيها ، أو أنه إسقاط من جانبه والأسقاطات لا تقبل الخيار .

وانبنى على اعتباره معاوضة من جانب الزوجة الأحكام الآتية :

١ - أن الزوجة لو ابتدأت بالإيجاب في الخلع جاز لها أن تراجع عنه قبل قبول الزوج ، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح فيه الرجوع قبل قبول الطرف الآخر .

٢ - إذا ابتدأت هي بالخالة تقيدت بالنظر إلى كل منها ، فلو قام أحدهما من المجلس قبل تمام الخلع بطل ، فإذا قامت قبل قبول الزوج بطل إيجابها ، لأن المجلس قد انتهى بقيامها حيث تبطل المعاوضات بتفرق المتعاقدين ، وكذلك يبطل إيجابها بقيامه قبل قبوله بهذا المعنى ، وإذا ابتدأ بالإيجاب كان عليها القبول في المجلس إن كانت حاضرة ، وفي مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة^(١) ، فلو قامت منه ثم قبلت لا يتم الخلع لأن هذا شأن المعاوضات .

٣ - لا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن المعاوضات لا تقبل واحدا منها .

(١) أما إذا كانت هي المبتدئة فأنه لا يقع على ما وراء المجلس بأن كان الزوج غائبا حتى لو بلغه وقبل لا يصح . البدائع ج ٣ ص ١٤٥ .

٤ - يجوز لها أن تشتط لنفسها الخيار سواء كانت هي الموجبة . كانت قالت : اختلعت منك بكذا ولي الخيار ثلاثة أيام ، أو كانت قابلة : كان قال لها : خالعتك على كذا . فقالت قبلت ولي الخيار ثلاثة أيام . وفي كلتا الحالتين لها أن ترفض الخلع في تلك المدة أو تقبله فيها فإن رفضته بطل الخلع ولا يلزمها البذل ، وإن قبلته فيها أو مضت المدة بدون قبول أو رفض تم الخلع ولزمها البذل عند الإمام ^(١) . وكذلك لو شرط لها الخيار وقبلته . هذا ما يترتب على كون الخلع من جانبها معاوضة ، أو كونها تشبه التبرعات فيترتب عليها أنه لا بد أن تكون من أهل التبرعات بأن تكون بالغة عاقة غير محجور عليها وسياقي تفصيل ذلك .

تلك هي حقيقة الخلع عند الحنفية وهو ما يجري عليه العمل في مصر وفي المحاكم السنية في لبنان لعدم تعرض قانون حقوق العاقة للخلع إلا في كلمة عابرة في المادة - ١٣٠ .

أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري الذي يقرر أن الخلع إزالة قيد الزواج بفدية من الزوجة مع انفراقها بكراهتها لزوجها ، فإن كانت الكراهة من الجانبين فالفرقة بينها تسمى بالمبارأة ^(٢) .

فالخلع والمبارأة حقيقتان تشتركان في الأثر المترتب عليهما في أنه

(١) وعند الصاحبين الخيار باطل والطلاق واقع في الحال ويلزمها المال إن قبلت لأن الخلع من جانبها يمين لا معاوضة واليمين لا يقبل الخيار ، لأن الخيار إنما شرع للفسخ والخلع لا يتمل الفسخ لأنه طلاق حذفاً ، وجواب أبي حنيفة عن هذا أن يحمل الخيار على منع انعقاد العقد في حق الحكم فلم يكن العقد منعقداً في حق الحكم للحال بل هو موقوف في حلقا إلى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعلم . القيد الخ ج ٣ ص ١٤٥ .

(٢) ومثل للمبارأة في ذلك للفاطمة والأمانة فقره : براءتك وفاسختك وأبنتك سواء في الحكم . وأصح شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٩ وما بعدها . وفقه الإمام جعفر ج ٦ وأصل الشريعة وأصولها ص ١٦٩ ومن لا يخضره الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ .

يقع بها طلاق بائن ، وفي أنه لا يصح تعليقها على الشرط ولا الأضافة إلى زمن مستقبل ، لأن كلا منها طلاق وهو لا يكون إلا منجزا عتدم ، وفي أنه لا بد من ذكر البديل فيها فإن لم يذكر لا يقع بها خلع . ولكنها يختلفان في أن الخلع يترتب على كراهية الزوجة وحدها ، والمبارأة تترتب على كراهية كل من الزوجين للآخر ، وفي أنه يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة أكثر مما أعطاهما في الخلع ، وفي المبارأة لا يجوز له ذلك ، وفي أن وقوع الفرقة في المبارأة موقوف على التلفظ بلفظ الطلاق معها بالاتفاق . بأن يقول لها : بإراقتك على كذا فأنت طالق ، فإن لم يذكر لفظ الطلاق لا يقع بها شيء ، أما في وقوعها في الخلع فيختلف في كونه شرطا ففي رأي أنه لا يقع ما لم يذكر معه لفظ الطلاق ، وفي آخر لا يشترط وهو المشهور .

هل يجوز الرجوع عندهم ؟

إذا صدر الأيجاب منه لا يصح له الرجوع عنه في كل من الخلع والمبارأة قبل قبول الزوجة ، ولا يبطل بقيامه من المجلس قبل قبولها ولكنه يبطل بقيامها منه ، أو إعراضها عنه ، وإذا بطل لا يترتب عليه أثر إلا إذا ذكر لفظ الطلاق معه فإنه يقع به الطلاق دون أن يلزمها البديل لأنه أصبح طلاقا مجردا بإعراضها عنه .

أما إذا صدر الأيجاب منها فلها الرجوع عنه قبل قبول الزوج لما فيه من معنى المعاوضة منها ، وإذا تم الخلع كان لازما بالنسبة للزوج ليس له أن يرجع عنه ابتداء ، وغير لازم بالنسبة لها فلها أن ترجع في البديل ما دامت في العدة (١) ، بشرط أن يعلم برجوعها قبل انقضاء عدتها ، فإذا رجعت كان لزوجها

(١) فإن لم يكن لها عدة كثير المدخول بها ، أو كان لها عدة ولكن كان طلاقها مكتملا للثلاث لا يجوز لها أن ترجع عما بذلته . فقه الإمام جعفر ج ٦ ص ٢٦ ، ويظهر أن الشيخ منتبه قيد العدة بذلك لأنه يرجع القول بأن الطلاق بعد الرجوع ينتقل وجعيا وفي الطلاق المكمل للثلاث لا يتصور كون الطلاق وجعيا .

أن يرجع في تطليقها بشرط ألا يكون تزوج بأختها أو برابعة ، فإذا رجع عادت زوجيته لها كما كانت ، وإن لم يرجع بقي الطلاق . ولكن هل يبقى بائنا أو يصير رجعيا ؟ رأيان عندم :

أولهما : يبقى بائنا لأنه حين وقع وقع بائنا فلا يتغير ببطلان العوض .

وثانيهما : أنه يتحول إلى طلاق رجعي لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيا ما لم يوجد ما يحمله بائنا كالعوض مثلا . وهنا وقع بائنا لوجود العوض أولا ، فإذا بطل العوض عاد الطلاق إلى أصله وهو الرجعي .

المبحث الثاني

في الفرق بين الخلع والطلاق على مال

عرفنا مما سبق أن الخلع له ألفاظ خاصة يقع بها ليس لفظ الطلاق وحده منها على المذهبين الحنفي والجمعي ، وأن المفارقة على عوض لا تقتصر على الخلع بل قد تكون بلفظ الطلاق . فتنوعت تلك المفارقة إلى نوعين . خلع وطلاق على مال . وما يتفقان في بعض الأحكام ويختلفان في بعضها الآخر . فيتفقان في أن الواقع بها طلاق بائن ، لأن المرأة إنما قبلت دفع البذل لتتخلص من سلطان الزوج عليها ، وهذا لا يتحقق إلا بالطلاق البائن باتفاق الحنفية والجمعية .

وفي أن قبول المرأة للبذل لا بد منه فيها ، لأن كلا منها معاوضة في جانبها ، والمعاوضة لا بد فيها من القبول . ويدون قبولها لا يتم واحد منها .

ويتفقان أيضا عند أبي يوسف ومحمد والجمعية في أن كلا منها لا يسقط حقا

من حقوق الزوجية إلا بالنص عليه ، و فرق أبو حنيفة بينهما حيث أسقط الخلع كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزواج الذي وقع فيه الخلع . بخلاف الطلاق على مال فلا يسقط به أي حق منها إلا إذا نص عليه في الاتفاق لاختلاف مدلول كل من اللفظين في نظره . وهذا هو الفرق الأول بينهما .

وأما الفرق الثاني ففيما إذا بطل البذل فيها . كأن كان مالا غير متقوم في حق المسلم ولو كانت الزوجة كتابية ، فالحنفية يذهبون إلى بطلان البذل في الطلاق على مال يحمل الطلاق الواقع به رجما لأنه صريح والصريح يقع به الرجعي ، وبطلانه في الخلع لا يغير الطلاق بل يقع باتنا لأنه كناية والواقع بها بائن^(١) .

والجعفرية يذهبون إلى أن بطلان البذل في الطلاق على مال يحمله طلاقا رجما . وإذا بطل البذل في الخلع فسد الخلع فلا يقع به شيء ، وبطل يقع به طلاق رجعي كما يقول الحلي في شرائع الإسلام .

ويظهر أن عدم وقوع شيء به إذا لم يذكر معه لفظ الطلاق على أحد الرأيين ، وإن وقوع الطلاق الرجعي به فيما إذا ذكر معه لفظ الطلاق على الرأي الآخر لأنهم متفقون على أن الخلع إذا لم يذكر معه البذل لا يقع به شيء .

(١) وإنما ترتب على بطلان البذل فيها هذا الأمر المختلف . لأن الزوجة لما عنت البذل شيئا لا يصح أن يكون عرضا وقبه الزوج لم تكن غاشة له ولا مفروقة به فيقع الطلاق على كل حال ويلتزم البذل ويمتدح كان لم يكن وحيداً يحمل كل من لفظي الخلع والطلاق الجرمين معه وثبت له حكمه فيها صريح وذلك كناية .
ويلاحظ أن المصنف به في مصر الآن أنه يقع في الحالتين طلاق رجعي . والمعمول به في المحاكم الستة ببلدان هو اللعجب الحنفية الذي يفرق بينهما ولم يوجد تشريع يخالفه .

المبحث الثالث

في شروط الخلع

يشترط في الزوج أن يكون أهلا لأيقاع الطلاق . بأن يكون بالغا عاقلا . فكل من لا يصح طلاقه لا يصح منه الخلع ، لأن من جاز تطليقه بلا عوض جاز تطليقه بم عوض بطريق الأولى ، فلا يصح الخلع من الصبي والمجنون والمعتوه . ومن اختل عقله بسبب المرض أو كبر السن ، ويشترط في المختلعة أن تكون محلا للطلاق وأهلا للتبرع إذا كانت هي الملتزمة ببذل الخلع بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة^(١) غير محجور عليها ، لأن الخلع بالنسبة إليها معاوضة فيها شبه بالتبرعات ، وأن تكون راضية غير مكرهة عليه عالمة بمعنى الخلع فإن كانت غير عربية ولقنتها زوجها بالعربية كلمات : اختلعت منك بالمهر ونفقة الصدة فقالت هذه الكلمات وهي لا تعرف معناها وقبل الزوج طلقت طلاقا بائنا ولا شيء له من البذل .

وزاد الجعفرية على ذلك أن تكون طاهرا طهرا لم يخالعها فيه إذا كانت مدخولا بها غير يائسة وكان حاضرا معها وأن تتحقق الكرامة منها .

خلع من لم تتوافر فيها الشروط لعدم الأهلية أو نقصانها أو الحصر عليها للمنفه أو الأكرام ، لكل واحدة من هؤلاء أحكام خاصة ، وإليك بيانها :

(١) يلاحظ أن الرشد هنا يرتبط بمن الزوجية في نظر القانون المعمول به ، فإذا كلف بتميزه إحدى وعشرين سنة كما في مصر يكون خلع الزوجية قبل بلوغها تلك السن خلع غير الرشيدة فلا يلزم اللال ويكون الطلاق رجسيا ، وكذلك إذا بلغت هذه السن وكان منجورا عليها المنف ، وفي لبنان سجل سن الرشد ثنائي عشرة سنة فخلع المرأة قبلها يكون خلع غير الرشيدة لا يلزم فيه اللال .

خلع عديمة الأهلية كالصغيرة غير الميزة والمجنونة .

إذا تولت الخلع بنفسها فالخلع باطل لا يترتب عليه أي أثر ، لأنه علق خلعها على قبولها . وهو غير معتبر فلم يتحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق ، أما إذا تولى أبوها الاتفاق مع الزوج على خلعها أو طلاقها في نظير مال التزم به فيقع الطلاق باتناً في الحالتين ، لأن الزوج علقه على قبول الأب وقبوله معتبر هنا ، ويلزمه المال للزوج ، ولا يسقط بهذا الخلع شيء من حقوق الزوجة التي تسقط بالخلع عند أبي حنيفة .

أما إذا قبل الأب الخلع أو الطلاق على مال ولكنه لم يلتزم دفع البذل من مال نفسه بل أضافه في قبوله إلى مال ابنته وقع الطلاق في الخلع باتناً وفي الطلاق على مال رجبياً ، لأنه علق على قبوله وقبوله معتبر على أصح الروايتين عند الحنفية^(١) ولا يلزم المال لا الأب لأنه لم يلتزم به ولا الصغيرة لأن الأب أضافه إلى مال لا يملك التبرع منه .

ويرى المجتعية أن خلع عديمة الأهلية فاسد لا يقع فيه شيء لأن القبول ركن ولم يوجد إلا إذا أتبعه بلفظ الطلاق فإنه يقع به طلاق رجبى في المدخول بها وبائن في غير المدخول بها والمكمل للثلاث إذا تحققت شروط وقوع الطلاق . كما يصحسون خلع الولي إذا التزم بالمال ، وإن لم يلتزم به فلا يقع به شيء .

خلع ناقصة الأهلية كالصغيرة الميزة :

إذا تولت الخلع بنفسها وهي تقيم معنى الخلع وآثاره وقبلت ذلك وقسم

(١) وفي الرواية الأخرى لا يقع الطلاق لأن الزوج طلق في نظير استيفائه البذل فكان مطلقاً من هذا الاستحقاق وهو لم يستحق شيئاً فتح التبرع ٣ ص ٣١٨ . وأجيب عن ذلك بأنه حين يعلم أنها ليست أهلاً للتبرع فيكون التمليط ط مجرد قبولها . وإن كان يهمل ذلك فلا عذر للجعل بالأحكام .

عليها طلاق بائن ، لأنه عاقه على قبولها وما دامت مميزة فقبولها معتبر في حق وقوع الطلاق وإنما وقع بائنا لأنه كناية والكتابات يقع بها البائن .

ولذلك قالوا : إذا طلقها على مال وقبلت وقع به رجعا إن كانت مدخولا بها ولم يكن مكملًا لثلاث لكونه صريحا ، ولا يلزمها البذل في الحالين لأنها ليست من أهل التبرع . ومثلها في ذلك السفينة المحجور عليها يصح خلعها ويقع عليها الطلاق ولا يلزمها المال . وإذا تولى الخلع أبو الصغيرة المميزة ^(١) أو القيم على المحجور عليها فعلمه على التفصيل السابق في عدية الأهلية .

ويذهب الجعفرية إلى أن خلع ناقصة الأهلية غير صحيح ، لأن البذل شرط في صعة الخلع ولم يصح منها ، لأنها ليست أهلا للتبرع فلا يقع به شي إلا إذا أتبع الخلع بلفظ الطلاق فإنه يقع به الطلاق إذا تحققت شروطه ، وكذلك السفينة إلا إذا أذن لها به القيم فإنه يصح إذا كان ذلك في مصلحتها وتحققت الكراهة منها .

وإذا خالع عنها الولي صح ويلزمه البذل إذا التزمه ويكون في مالها إذا ثبتت كراهتها للزوج وكان لها مصلحة في الخلع .

خلع المكرمة

إذا أكرمت الزوجة على الخلع لا يلزمها المال ، لأن الالتزام بالمال مع الأكرام غير صحيح بالاتفاق ، أما الطلاق فيقع عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد وجد منها القبول ويقع به طلاق بائن عند الحنفية .

(١) يجب التنبيه عليه هنا أنه لا يجوز للولي أن يتولى الخلع عن الزوج الصغير . فلو فعل لا يقع به طلاق ولا يلزم المال ، لأن الخلع من جانب الزوج يعين كما قدمنا والأبواب لا تجري فيها النيابة ولأنه لا يملك أن يطلق منه .

أما الجعفرية فيذهبون إلى أن خلع المكرمة باطل لأن من شروط الخلع أن تكون كارهة لزوجها ، ولا يتصور إكراهها على الخلع مع كراهتها لزوجها .

خلع الأجنبي

إذا باشر الخلع أجنبي ليس وكيلا عن الزوجة ولا ولاية له عليها فإن أضاف البذل إلى نفسه بحيث يفهم منه التزامه به . كأن يقول للزوج : أخلع زوجتك على مائة دينار من مالي مع الخلع ووقع به الطلاق وكان البذل على ذلك الملتزم ، وإن لم يصفه إلى نفسه فإن أضافه إلى غيره بأن قال : أخلعها على كذا يلتزم به فلان فإنه يتوقف على إجازة من أضافه إليه . فإن أجازاه صح الخلع ووقع الطلاق ولزمه المال ولا دخل للزوجة في هاتين الحالتين فلا يشترط رضاها ، لأنه يشترط عند ما تكون هي الملتزمة بالبذل ، والطلاق من المفسوق التي يستقل بها الزوج ، وإن لم يصف البذل إلى أحد توقف الخلع على قبول الزوجة لأنها الأصل في الخلع ، فإن قبلت صح ولزمها البذل ، وإذا لم تقبل لم يلزمها المال ، أما الطلاق ففيه رأيان في المذهب الحنفي . وذهب الجعفرية إلى أن خلع الأجنبي غير صحيح ، لأن الآية أضافت الافتداء إلى الزوجة وهو حكم كالمستثنى من الأصل ودليله قاصر عليه فيبقى ما عداه على الأصل فيكون خلع الأجنبي من غير دليل شرعي فلا يصح .

خلع المريضة مرض الموت

إذا خالع الزوج زوجته وهي مريضة مرض الموت كان خلعها صحيحا يقع به الطلاق البائن ويثبت به البذل ، وكذلك لو طلقها على مال وقبلت . غير أن هذا البذل لما كان شبيها بالتبرع وهو في هذه الحالة يأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من أول المرض الذي كان سببا للموت فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة ، لأنها لا تملك التبرع بأكثر من الثلث ، فإن ماتت الزوجة في مرضها أثناء عدتها ، فالحنفية يوجبون للزوج الأقل من أمور ثلاثة :

بدل الخلع . وثالث التركة . ونصيبه من الميراث ، لو افترض بقاء الزوجية وورثها بالفعل ، وإنما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة احتياطاً ومحافظة على حقوق ورثتها لاحتمال أن يكون الزوجان قد اتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث^(١) لو بقيت زوجيته إلى وقت وفاتها ، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحاييه بطريق التبرع لأنه وصية وهي لا تجوز للوارث عند الجمهور ولا تنفذ عند الحنفية إلا بإجازة باقي الورثة . أو يحصل على أكثر مما يمكن لها أن تعطيه له بطريق الوصية لو كان غير وارث بأن انقطعت الزوجية قبل وفاتها لتوقف نفاذ الوصية بما زاد على الثلث على إجازة باقي الورثة . فلو وجب كل البديل لأمكن أن يأخذ أكثر مما يستحقه بطريق الميراث لو كان وارثاً ومن ثلث التركة بطريق الوصية ولو لم يكن وارثاً . فعمامة لها بتقيض مقصودهما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة ، وإن ماتت في مرضها بعد انقضاء عدتها يجب له الأقل من بدل الخلع ومن ثلث تركتها لأن احتمال الأثر منتف في هذه الحالة لانقطاع كل آثار الزوجية التي هي سبب الميراث ، ولم يبق إلا احتمال محاباته بأكثر مما يستحق بطريق الوصية وهو الثلث ، وإن ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج الخالع بدل الخلع كله لظهور أن الخلع تم في حالة الصحة .

هذا هو مذهب الحنفية وعليه يجري العمل في المحاكم السنية في لبنان حيث إن قانون حقوق العائلة لم يعرض لهذه المسألة .

وقد كان العمل بالمحاكم المصرية يجري عليه إلى أن صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذي أجاز الوصية أو ما في حكمها للوارث كالأجنبي في حدود ثلث التركة بدون توقف على إجازة باقي الورثة أصبح للزوج الخالع لزوجة في مرض موتها يستحق الأقل من بدل الخلع ومن ثلث التركة

(١) ونصيبه في الميراث لا يخرج عن نصف التركة أو ربعها حسب وجود الولد للزوجة وعدمه .

ولو زاد على نصيبه في الميراث سواء توفيت الزوجة أثناء عدتها أو بعد انقضاءها،
لأنه لا اعتبار لما يستحقه من الميراث حينئذ لما جازت له الوصية إن كان
وارثاً بثلاث التركة .

أما المذهب الجعفري الذي تيسر عليه المحاكم الجعفرية فيصح خلع المريضة
مرض الموت وكان للزوج البديل وينفذ من أصل التركة إذا كان لا يزيد على مهر
مثلها ، فإن زاد لا تنفذ الزيادة إلا إذا خرجت من ثلث التركة^(١) بناء على أنهم
يحيزون الوصية للوارث كالأجنبي بلا فرق بينهما ، وإن برئت الزوجة من مرضها
الذي وقع الخلع فيه لزمها جميع البديل لأنه ظهر أنه خلع المصحية .

المبحث الرابع

في بدل الخلع وشروطه

نحت هذا العنوان نتكلم عن أمور ثلاثة :

أولها : ما يصح أن يكون بدلا للخلع وما يشترط فيه .

ثانيها : هل يشترط أن يكون مذكوراً في المخالعة ؟ .

ثالثها : حكم أخذ الزوج لذلك البديل في الأحوال المختلفة .

ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه

كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدلا في الخلع ولا تقدير فيه

(١) فقه الإمام جعفر للشيخ محمد جواد مفتي ج ٦ ص ٢٤ . ويصعب على ذلك بقوله : قال
صاحب السالك « هذا هو المشهور بين الفقهاء والمعمول به بينهم » وقال صاحب الشرائع « وهو
أشد بأصول اللخب وقواعده » .

بإتفاق الحنفية والجعفرية ، فيصح أن يكون من التقدين أو العقار أو المنقول ، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج ، أو منفعة تقوم بالمال ، كما يصح أن يكون الخلع على إرضاع ولدها منه مدة معينة ، أو على حضائته المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها ، أو على أن تقوم بالإئفاق عليه مدة معينة وعليها الوفاء بذلك ، فإن امتنعت عن القيام بما التزمته أو عجزت عن الوفاء به ، أو خرجت عن أهلية الحضانة ، أو مات الطفل قبل انتهاء مدة الرضاعة أو الحضانة المتفق عليها كان لمن خالها الرجوع عليها بما يقابل المدة الباقية ، لكنها تدفعه إليه أقساطاً ، كما كان يستحق عليها لو وقت به المدة كلها .

كما أن له الرجوع على ورثتها لو ماتت قبل الوفاء بما التزمته إلا إذا شرطت عليه ألا يرجع عليها بشيء إذا مات الولد أثناء مدة الرضاعة أو الحضانة ، وإذا كانت الزوجة التي خالمت على نفقة ولدها معسرة لا تستطيع الأئفاق جاز لها أن تطالب الزوج بالأئفاق من ماله ، ويحبر على إجابة طلبها ، وكان ذلك ديناً عليها إذا أيسرت ، لأن النفقة حق الولد ، وهي في الأصل واجبة على الأب ، ولكنها انتقلت إلى الأم لما جعلتها بدلاً في خلها ، فإذا عجزت قام الأب مقامها لإحياء الولد من الهلاك وليس في ذلك ضرر به لأنه يرجع عليها بالنفقة عند ميسرتها .

الشروط

يشترط في بدل الخلع إذا كان مالا : أن يكون متقوماً ، فإذا كان غير متقوم لم يلزم الزوجة شيء ويقع الطلاق البائن عند الحنفية .

وعند الجعفرية يفسد الخلع ولا يقع به شيء . وقيل يقع به طلاق رجعي إن أعقبه بلفظ الطلاق ، وكذلك يشترط فيه : ألا يكون مجهولاً جهالة فاحشة ، فإن كان بطل الخلع عند الجعفرية ، لأن الخلع معاوضة وجهالة البدل يفسدها .

وصح عند الحنفية وانصرف البذل إلى مهرها^(١) إذا لم يمكن تقديره ، فإن أمكن وجب المذكور في المقد ، وهذا نظير ما لم يذكر بدلا واللفظ ينبيء عن إيجاب البذل وسيأتي بيانه ، ووجهه أن الخلع طلاق . وفي الطلاق معنى الأسقاط ، لأنه يؤدي إلى إسقاط حق الزواج في التمتع والأسقاطات يدخلها المساعدة ، كما يشترط في بدل الخلع ألا يكون فيه عدوان على حق الشارع أو على حق الغير ، فإن كان فيه ذلك وجب البذل في حدود ما لا يتضمن العدوان .

فلو خالها على ألا نفقة لها ولا سكنى صح البذل في النفقة دون السكنى ، لأنها حق الشارع عند الحنفية ، والجفيرة لما لم يوجبوا لها السكنى فذكرها عندهم وعدم ذكرها سواء ، ولو خالها على أن تبقى حضانتها للصغير إلى وقت بلوغه لم يصح البذل إلا إلى آخر مدة الحضانة المقررة شرعاً وبطل في الباقي ، لأن الصغير بعد فترة الحضانة محتاج إلى التربية والتعليم والتخلق بأخلاق الرجال وبقاؤه في حضانه أمه إلى وقت البلوغ عدوان ضار به يجب رفعه شرعاً .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية أن الخلع إذا وقع على حضانة الصغيرة إلى البلوغ صح البذل في المدة كلها ، وعلاؤا ذلك بأن بقاءها في حضانة أمها بعد سن الحضانة

(١) فإذا خالته على مال غير معين عند الحنفية كان ذلك على ثلاثة أوجه :

١ - ألا تذكر مالا أصلاً ولكن تذكر عبارة تحتل المال وعدمه ، كما إذا قالت : خالني على ما في يدي أو ما في بيتي ، فإنه يحتل أن يكون فيه شيء وأن لا يكون . وحكمه أن الخلع يصح فإن وجد شيء أخذه وإلا فلا شيء له .

٢ - أن تذكر مالا ليس موجوداً في الحال ولكنه يوجد بعد ، كما إذا قالت له : خالني على ما تنتجه نخيلي من ثمر هذا العام ، وحكمه أنه يصح الخلع وينصرف البذل إلى اللهر سواء وجد الثمر أم لم يوجد .

٣ - أن تذكر مالا مجهولاً ولكنه موجود في الحال ، كما إذا قالت له : خالني على التمتع الموجود في الدار ، أو الثمر الموجود على النخل أو ما في بطن هذه الناقة مثلاً ، وحكمه أنه يصح الخلع وإن وجد شيء ما سمعت كان للزوج وإن لم يوجد انصرف البذل إلى اللهر .

المقررة شرعاً لا يضر بها لأنها محتاجة إلى أن تعرف آداب النساء وتعلم شئونهن وتتخلق بأخلاقهن ، والنساء أقدر على ذلك من الرجال (١) .

هل يشترط أن يكون بدل الخلع مذكوراً ؟

لا خلاف في المذهب الحنفي في أنه لا يشترط فيه أن يكون مذكوراً .
حق إن الكاساني في بدائمه (٢) يقرر في صراحة أن الخلع نوعان . خلع بعوض وخلع بغير عوض ، لكنه عند الإطلاق ينصرف إلى الخلع بعوض فهو حقيقة عرفية شرعية ، فلو قال لأجنبي : اخلع امرأتي فخلعها بدون عوض لم يصح ، والمألة فيها التفصيل الآتي :

صفة المخالعة لا تخلو . إما أن يذكر فيها البذل أولاً ، وعند عدم ذكره ، إما أن تكون الصيغة منبئة عن وجوبه أولاً ، فإذا ذكر البذل فلا كلام في وجوبه . كأن يقول لها : خالعتك على كذا وقبلت ذلك ، ولا يحتاج إيقاع الطلاق فيه إلى نية ، وإذا لم يذكر البذل ولكن الصيغة تنبيه عن وجوب مال على الزوجة في نظيره كما لو قال لها : خالعتني ، أو اختلعتني أو افتدي نفسك مني وما شاكل ذلك ، وفي هذه الحالة يجب البذل وينصرف إلى مهرها ، فإن لم تكن قبضته سقط حقها فيه ، وإن كانت قبضته كله أو بعضه وجب عليها رد ما أخذته ويقع به الطلاق البائن إذا قبلته المرأة ، لأنها لا تقبل دفع العوض إلا لتبين من زوجها ، فإن لم تقبله لا يقع به شيء لأنه معاوضة لا بد فيها من القبول .
أما إذا لم يذكر البذل ولم تكن الصيغة منبئة عن وجوبه ، كما إذا قال لها :

(١) ونحن نقول لم في هذا الفرق : لو كان صحيحاً في نظر الشارع لجعل من المخالعة في الصغيرة من أول الأمر إلى سن البلوغ وحيث لم يفعل فلا يجوز لنا أن نفرق بينها . ولأن البذل يمد من المخالعة محتاجة إلى صلاتها والمحافظة عليها . والأب أقدر على ذلك من الأم فتعارضت المصالحان فترجح أثرهما ولا أظن إلا أن الثانية أرجح مما قاله .

(٢) ج ٣ ص ١٤٤ .

حملتك بصيغة الماضي فيقع به الطلاق البائن بمجرد التعلق إذا جرى به الطلاق لأنه كناية ولا يتوقف على قبولها ولا يلزمها بدل ، وإذا لم ينو شيئا لا يقع به طلاق .

هذا إذا صدرت تلك الصيغة من الزوج ، أما إذا صدرت من المرأة أولا : فلا بد لوقوع الطلاق بها من قبول الزوج . فإذا قبسل لزم البذل وانصرف إلى مهرها ، فإذا لم يقبل لا يقع بها شيء لأن المرأة لا تملك الطلاق .

أخذ الزوج البذل ومتى يحل والمقدار الذي يحل أخذه ؟

عرفنا أن الخلع مشروع عندما يقع النزاع بين الزوجين المؤدي إلى الشقاق بينها الذي يخافا منه ألا يقيا حدود الله كما هو صريح القرآن .

لكن هذا الشقاق قد يكون التسبب فيه الزوج وحده ، وقد يكون سببه من قبل الزوجة ، وقد يكون منها معاً ، وحل أخذ البذل يختلف باختلاف هذه الأحوال ، فإن كان من قبل الزوج فلا يحل له أخذ شيء من الزوجة في نظير فراقها لقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً » ، وتأخذونه بيتاناً وإثماً مييناً ، وصكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً ، النساء ٢٠ ، ٢١ .

فهذا النص الكريم ينهي الزوج عن أخذ شيء مما أعطاه للزوجة عند إرادة الاستبدال ، وهذا طبعاً لا يكون إلا عندما تكون الكراهة منه وحده ، وأكد النهي بما جاء في آخره « وأأخذونه بيتاناً وإثماً مييناً » ، وقوله تعالى : « ولا تمسواهن لتحذروا بعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ، فإنه نهى الأزواج عن عضل الزوجات بلحاق الأذى بهن ليكون وسيلة إلى أخذ بعض المهر ، لكنه استثنى حالة الأتيان بفاحشة مبينة - التي فسرت بالزنا أو بالنشوز - فأباح فيها الأخذ ، وهذا يقتضي أن الأخذ عند عدم السبب منها حرام .

وهنا يقرر جمهور الفقهاء ، أن هذا هو حكم الديانة بينه وبين الله المعبر عنه بالحل والحرمه ، أما في القضاء فيجوز له الأخذ بناء على حكم القاضي به ^(١) . لأن الزوج أسقط حقه في نظير عوض رضيت به الزوجة وهو من أهل الأسقاط وهي من أهل المعاوضة ، أما إذا كان السبب من قبلها وحدها أو اشتركا فيه فيحل له أخذ البذل ، لقوله تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا » ، إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، تلك حدود الله فلا تمتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » البقرة - ٢٣٠ .

فهذه الآية نفت الجناح عن الزوج في أخذ الفداء ، وعن الزوجة في الأعطاء في حالة خوفهما ألا يقيما حدود الله ، وهذا الخوف يكون عندما تكون الكراهة من المرأة وحدها ، أو منها معاً .

وإذا حل له البذل في هذه الحالة . فهل يتقيد بمقدار المهر أو تجوز الزيادة ؟ في المذهب الحنفي روايتان :

أولاهما : أن أخذ الزيادة جائز لا شيء فيه لأطلاق الآية السابقة « فلا جناح عليهما فيما اقتدت به » فإنها رفعت الجناح عنها في الأخذ والمعطاء من الفداء من غير فصل بين ما إذا كان المعطى مساوياً للمهر أو زائداً عليه ، ولأن الخلع معاوضة ، والبذل فيها يرجع إلى تراضى الطرفين ، وحينما أعطت الزيادة أعطتها من مالها بطيب من نفسها . وقد قال تعالى : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » .

(١) جواز الأخذ قضاء في هذه الحالة إذا لم يضلها بأن أساء عسرتها ليحملها على الاقتداء فان فعل ذلك لم يجز له الأخذ لصريح التنهي عنه « ولا تضلوهن لتنتهرا ببعض ما آتيتموهن » وإن صح الخلع عند الحنفية ، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة والخمعية حيث قروا : أن الخلع باطل في هذه الحال للآية السابقة ، فلا يجوز له أخذ البذل ويوقع بالخلع طلاق رجعي عند من يعتبر الخلع طلاقاً لا قسماً .

وثانيتها : أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة ، فإن قوله تعالى : « ولا جناح عليها فيما اقتدت به » رفع الجناح عنها فيما اقتدت به من المهر ، لأن آخر الآية مردود إلى أولها ، وأول الآية ينهى الأزواج عن أن يأخذوا من الزوجات شيئا مما أتوهن من المهور ، واستثنى منه الأخذ في حالة خوفها ترك إقامة حدود الله . فكان المراد من قوله فيما اقتدت به أي مما آتاهما ، ويؤيد ذلك ما جاء في حديث قصة امرأة ثابت بن قيس بن شماس أن رسول الله قال لها : « وأردن عليه حديثه » فقالت : نعم وزيادة ، قال : « أما الزيادة فلا » ، نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها ، وقد عرضت الزيادة بطيب من نفسها .

هذا هو منهج الحنفية ، أما الجعفرية فقالوا : إذا كانت الحياة ملتزمة بين الزوجين ، أو كانت الكراهة من قبل الزوج وحده ، فبذلت له المال ليخلصها ، لا يصح الخلع ولا يحل البذل للزوج ، وعند وقوع الزام بينها واضطراب الحال يجوز الخلع على بدل تدفمه الزوجة ، لكن إذا كانت الكراهة من جانبها جاز له أن يخالها على أكثر مما أعطاه من المهر ، وإن كانت منها مما لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه ، وفي المبرأة لا يجوز أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه مطلقاً ، لأنها في الغالب لا تكون إلا إذا كانت الكراهة منها معاً .

وقانون حقوق العائلة صرح « بأن المخالعة تجري إذا كان سبب الشقاق من الزوجة ويكون الخلع على تمام المهر أو على قسم منه » م ١٣٠ .

المبحث الخامس

في أحكام الخلع

يترب على الخلع آثار بعضها متفق عليه وبعضها يختلف فيه :

فاتفقوا على ما يلي :

- ١ - أنه يقع به طلاق بائن باتفاق الحنفية والجعفرية .
 - ٢ - أنه لا يتوقف على قضاء القاضي ككل طلاق يقع من الزوج .
 - ٣ - أنه لا يبطل بالشروط الفاسدة . كان تشترط أن تكون لها حضانة الطفل ولو تزوجت بغير ذي رحم محرم منه ، أو أن تسقط حضانتها له . فالشرط يبطل وحده ويصح الخلع .
 - ٤ - يجب به ما اتفقا عليه من البذل قليلا كان أو كثيرا ، ولا يسقط به شيء من الدين أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر مما لا يرتبط بمقدار الزواج كتمن مبيع أو ودعة وغيرها .
- واختلفوا في الحقوق التي ترتبط بالزواج ولم تذكر في الخلع ضمن الاتفاق . فأبو حنيفة يسقط به كل حق ثابت بالفعل^(١) لكل من الزوجين على الآخر . كالمهر والنفقة المتجمدة للزوجة سواء أكان الخلع بهذا اللفظ أو كان بلفظ المباشرة . لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين ، وهذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق يتعلق بالزواج ، فليس للزوجة أن تطالب بمهرها الذي لم تقبضه ، ولا بالنفقة المتجمدة لها ، وليس للزوج أن يطالبها بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقما عليه .

وذهب عماد والجعفرية إلى أنه لا يسقط به أي حق ولا يجب به إلا ما

(١) أما ما لم يثبت كثرة المدة والسكنى فلا يسقط بالخلع بالاتفاق . ومثل ذلك حق الطفل في الحضانة وأجرة الرضاع . ولإلا حظ أن المهرق التي تسقط في المهرق المتعلقة بالزواج التي وقع فيه الخلع ، فلو كان لأحدهما حق يتعلق بزواج سابق فلا يسقط . فلو طلقها بأشياء وكان عليه بقية المهر ثم تزوجها من جديد وغالما فاته لا يسقط بهذا الخلع ما كان من المهر بالزواج الأول .

اتقفا عليه بأي لفظ وقع ، لأن الخلع شيه بالمعاوضة فلا يجب به إلا ما شرط .

ولأن كلامنا لفظي الخلع والبراءة ليس صريحاً في الدلالة على سقوط تلك الحقوق فلها بعد الخلع أن تطالب بالمهر إن لم تكن قبضته ، وينفقتها المتجمدة وغير ذلك .

وأبو يوسف يفرق بين ما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع ، وبين ما إذا وقع بلفظ المبرأة ، ففي الأول لا يجب إلا ما اتقفا عليه ، وفي الثاني يسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة مع ما اتقفا عليه ، فهو في الأول مع محمد وفي الثاني مع أبي حنيفة .

ووجه التفرقة : أن البراءة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه . وهي لم تقيد بشيء دون غيره فتعمل على الإبراء من كل ما يتعلق بالزواج ، أما لفظ الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى فيقتصر فيه على ما اتقفا عليه .

وما يجب ملاحظته هنا أن العمل يجري بمصر على الراجح من مذهب الحنفية وهو هنا مذهب الإمام ، وهو أن الخلع يسقط كل حق لأحد الزوجين على الآخر ، ولا يستثنى من ذلك إلا النفقة المتجمدة للزوجة ، فإنها لا تسقط بالخلع ، لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبر دين النفقة ديناً صحيحاً في ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الاتفاق لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء في مادته الأولى ، ونفسها « تعتبر نفقة الزوجة التي سلت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الاتفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراش منها ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » .

الباب الثاني

في التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء

وفيه فصول

تمهيد : قدمنا أن الطلاق حق للزوج لمان شرحناها في غير موضع ، وأنه يملك إيقاعه بنفسه أو ينيب عنه غيره بتوكيل أو تفويض، وأن الشارع الحكيم راعى جانب الزوجة ، فشرع لها الاقتداء بالمال إذا كرهت زوجها ، ومثل البغض قلبها ، ووجدت أن حياتها معه لا تحتل لتحصل الموازنة بين الجانبين

ولما كان هذا القدر لا يرفع الحرج كله عن المرأة ، فقد لا يرضى الزوج بقبول الفدية ، وقد تكون المرأة عاجزة عن دفع البذل الذي يطلبه الرجل ، كما أن تضرر المرأة من الحياة الزوجية لا يقتصر على مجرد كراهتها لزوجها ، فقد تظراً أمور أخرى تدعوها إلى طلب الطلاق .

لذلك فتحت الشريعة لها باب الخلاص وإن لم يرض به الزوج ، فجعلت لها حق اللجوء إلى القاضي ليطلقها ، وأوجبت على القاضي الاستجابة لها متى وجد السبب المقتضي لما طلبت وامتنع الزوج عن المفاصلة بالمعروف .

وقد اتفق الفقهاء على بعض أسباب طلب الطلاق واختلفوا في بعضها الآخر ، وسنعرض لتلك الحالات التي يقوم فيها القاضي بالتفريق بين الزوجين بالتطبيق أو فسخ الزواج حسباً يجري عليه العمل في مصر ولبنان مع بيان مصدر ذلك من أقوال الفقهاء .

ففي مصر يقوم القاضي بالتفريق في حالات خمس ، نص القانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٠ على اثنتين منها ، وهما التفريق لعدم الاتفاق ، والتفريق للميب ،
والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على باقيها ، وهي التفريق للضرر وسوء المعشرة ،
والتفريق لغيبة الزوج بدون عذر ، والتفريق لحبسه .

وقانون حقوق الماثلة نص على الحالات الأربع الأولى في المواد من ١١٩ إلى
١٣١ ولم يعرض للأخيرة ، وهي التفريق لحبس الزوج ^(١) .

(١) وقانون الطائفة الدرزية نص على التفريق في تلك الحالات المحس وزاد عليها حالة
سامة وهي ما إذا حكم على الزوج بجريمة الزنا .

الفصل الأول

في التفريق لعدم الاتفاق

إذا لم تحصل الزوجة على نفقتها الواجبة بسبب من قبل الزوج كمرضه أو امتناعه عن الاتفاق ، فإن كان له مال ظاهر أو عند شخص آخر ، وأثبتت الزوجة ذلك بأي وسيلة لم يكن لها طلب التفريق بهذا الحب لأمكان حصولها على حقها . كما قدمنا .

أما إذا لم تتمكن من الحصول عليها لمرضه أو لفنيته التي لا يعلم معها مكان ماله ، أو لامتناعه عن الاتفاق مع قدرته ، فهل يكون لها حق طلب التفريق في هذه الحالة ؟

اختلف الفقهاء في ثبوت هذا الحق لها . فالحنفية يذهبون إلى عدم ثبوته ، بل لها أن تطلب من القاضي الأذن لها بالاستدانة عليه إن كان معسراً أو غائباً ، وجبره على الاتفاق إن كان متمتعاً عن الاتفاق وتهديده بالحبس أو بالتعزير إن لم يفعل .

والأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وأحمد » ، جعلوا لها حق طلب التفريق ، وعلى القاضي إجابتها لطلبها متى ثبتت صحة دعواها . على اختلاف بينهم في التفصيلات .

والجعفرية في مشهور مذهبهم ليس لها هذا الحق موافقين الحنفية في ذلك ،
ولهم آراء أخرى تتفق في مجلتها مع رأى الأئمة الثلاثة .

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية :

١ - إنه لم يرد دليل صريح من كتاب الله أو سنة رسوله أو أقوال أصحابه
يدل على جواز التفريق لعدم الاتفاق . لذلك لم يؤثر عن رسول الله أنه فرق بين
زوج وزوجته بهذا السبب مع كثرة المسمرين من أصحابه ، ولو كان ذلك مبيحا
للتفريق لقضى به ولو في قضية واحدة أو لبين للزوجة أن لها هذا الحق .

٢ - إن الله أمر الأزواج بأن ينفق كل واحد منهم ما استطاع في قوله
تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آتاه الله
لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاهما » الطلاق - ٧ ، فمن أصر بنفقة زوجته غير
مكلف بدفع النفقة في الحال لأنه غير مكلف بدفع ما ليس عنده .

٣ - إن عدم الاتفاق إن كان للعسر لا يكون الزوج ظلماً فيه وعلى صاحب
الدين وهو الزوجة إنظاره إلى حين اليسار لقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة
فنظرة إلى ميسرة » البقرة - ٢٨٠ ، وإن كان مع القدرة كان ظلماً ويجب رفع
ظلمه ولا يتمين التفريق طريقاً لذلك لا مكان دفعه ببيع ماله إن عرف مكانه أو
بحبسه لمحله على الاتفاق أو إظهار ماله الذي أخفاه مع ما في الدفع بهذا الطريق
من المراعاة للجانبين مما بخلاف الطريق الأول فإنه يقف في جانب الزوجة .
واستدل الأئمة الثلاثة ومن وافقهم بحجة أدلة :

أولاً : بآيات من كتاب الله منها قوله تعالى : « فامسك بمعروف أو
تسريح بإحسان » ، البقرة - ٢٢٩ ، وقوله : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا »
البقرة - ٢٣١ ، وقوله : « وعاشروهن بالمعروف » النساء - ١٩ قالوا : إن
إمسك الزوجة مع عدم الاتفاق فيه ضرر كبير يتنافى مع أمر الله به من

الأمساك بالمعروف ، بل هو إمساك لأجل الضرر فيها إذا كان موسراً وممتنعاً عن الاتفاق مع أنه منهي عنه ، فيجب عليه التسريع بالأحسان بأن يطلقها ، فإذا لم يفعل تاب عنه القاضي فيه رفعا لظلمه ودفعاً للضرر عن المرأة

ثانياً : بقوله: **يُكَلِّفُ** « لا ضرر ولا ضرار » الذي يفيد بعمومه منع الشخص من أن يلحق الضرر بغيره أو يتضرر الشخصان فيضر كل منهما صاحبه .

ثالثاً : إنه إذا وقع الاتفاق على جواز التفريق بالعيب الذي لا يفوت معه إلا المنة فيجوز التفريق بعدم الاتفاق الذي تقوم به الحياة من باب أولى .

وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر وليس هنا مجال إيرادها ، ولكن الذي يبدو من أدلة المجوزين للتفريق أنها لا تقيد أكثر من أن الأمساك ضرار منهي عنه لأنه ظلم يلحق بالزوجة الضرر ، وهذا لا يتحقق إلا في صورة الامتناع عن الاتفاق مع يساره ، ومن يفعل ذلك يكشف عما في نفسه من أنه لا يريد معاشرته زوجته ويقصد بامتناعه عن الاتفاق مضايقتها لتفتدي نفسها منه بالمال أو يكون صاحب نفس شريرة ، ومثل هذا يكون من الخير التفريق بينه وبين زوجته فإن لم يقم هو بذلك تاب عنه القاضي .

أما المعسر الذي طرأ عليه الأعسار فليس ظالماً حتى يتدخل القاضي لرفع ظلمه بالتطليق عليه ، ومعلوم أن المعسر واليسر بيد الله سبحانه « ييسر الرزق لمن يشاء ويقدر » ، وقد ذهب ابن القيم إلى رأي وسط وهو أنه لا حق للمرأة في التفريق بسبب إعسار الزوج إلا إذا أغرها عند الزواج وتراعى لها باليسار كذباً أو كان ذا مال فترك الاتفاق عليها وعجزت عن أخذ كفايتها من ماله برسية من الوسائل الممكنة ، أما إذا تزوجته عالة بإعساره أو تزوجته موسراً فأعسر فلا حق لها في طلب الفرقة ، لأنه يتناقض مع فضائل الوفاء والتراحم والتعاون على الحياة ثم قال : وقد جعل الله الفقر والفتور مطيتين للعباد فيفتقر الرجل الوقت ويستغني الوقت ، فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته لعم

البلاد وتقاقم الشر وفسخت انكحة أكثر الناس وكان الفراق بيد النساء فمن الذي لم تصبه عسرة ولم تعوزه النفقة أحياناً « (١) .

أما المذهب الجعفري فالمشهور فيه أنه لا يفرق بين الزوجين لعدم الأنفاق سواء كان لعسر الزوج أو لامتناعه عنه مع يساره أو لنسبه لا يستطيع معها تحويل النفقة إلى زوجته . غير أنه نقل فيه أقوال أخرى تتفق في أن عدم الأنفاق من أسباب التفريق بين الزوجين إذا تضررت الزوجة منه وطلبت التفريق ولكنها تختلف في التعميم والتخصيص .

ففي قول للحاكم أن يطلق لعدم الأنفاق إذا كان سبب الأعسار والعجز وهو لابن الجنييد وصاحب الرضا ، وفي قول آخر للحاكم أن يطلق إذا امتنع الزوج عن الأنفاق مع قدرته عليه ولا يطلق إذا كان ممسراً وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر وصاحب الحدائق . وفي قول ثالث : إنه يطلق عليه مطلقاً لا فرق بين العاجز والممتنع يستوي في ذلك الحاضر والغائب وهو ما ذهب إليه السيد الحكيم في منهاج الصالحين ، لكن عبارته ليست قاطعة حيث يقول : لا يبعد أن يجوز لما أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي فيأمر زوجها بالطلاق فإن امتنع طلقها الحاكم الشرعي ، ومثل ذلك في ملحقات العروة الوثقى . . لا يبعد جواز طلاقها للحاكم الشرعي مع مطالبتها وعدم صبرها للقاعدة نفى الضرر خصوصاً إذا كانت شابة .

وقد كان السند لهذه الأقوال ما روى عن الإمام جعفر الصادق أنه قال : « إن أتفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة وإلا فرق بينهما » ، وفي عبارة أخرى « من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يورث عورتها ويطمعها ما يقيم عليها كان

(١) زاد للماد ج ٤ ص ٣٧٣ .

حقاً على الأمام أن يفرق بينهما ^(١) .

ما عليه العمل الآن في مصر ولبنان

أما في لبنان فالحاكم الجمعي تسيير على المذهب الجعفري ، والمحاكم السنية تسيير على ما يقضي به قانون حقوق العائلة ، وهو التفريق إذا تعذر الحصول على النفقة وطلبت الزوجة التفريق ، فالمادة ١٢٦ تنص على أنه « إذا اختفى زوج امرأة وذهب لمحل مدة سفر أو أقرب وتغيب أو فقد وتعذر تحصيل النفقة وطلبت زوجته التفريق فالحاكم بمعد إجراء التحقيقات اللازمة يحكم بالتفريق بينهما » .

وظاهر عبارة هذه المادة وإن كان في الزوج الغائب إلا أن حكمها لا يقتصر عليه بل يشمل الحاضر أيضاً الذي لا يستطيع أخذ النفقة منه بدليل عبارة « وتعذر تحصيل النفقة » .

فمدار التفريق على تعذر تحصيل النفقة ولا أثر لكونه غائباً ، لأن المادة التي بعد ما بينت حكم التفريق بالغبية وإن ترك الزوج مالا من جنس النفقة .

ثم إن هذا القانون نص على أن التفريق الذي يوقعه الحاكم يكون طلاقاً دائماً كما جاء بالمادة - ١٣١ - « الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن » .

أما في مصر فقد كان العمل يجري بمقتضى المذهب الحنفي إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأوجب العمل بما يخالفه . وهو في جلته مأخوذ من مذهب مالك .

(١) نقل هذه الأقوال الشيخ محمد جواد مفتح في كتاب فقه الأمام جعفر الصادق ج ٦ ص ٥٣ وما بعدها . ويختار القول بالتميم ويقول : إنه الذي عليه العمل والفتوى من علمائهم في هذا العصر والذي قبله .

ويقضي هذا القانون في مواد ٤٥٤، ٤٥٥ وما تبع ذلك من منشورات
وزارية موضحة له بما يأتي :

١ - إذا كان للزوج مال ظاهر « يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعهودة » نفذ
الحكم عليه بالنفقة في ماله سواء أ كان حاضراً أم غائباً ، ولا موضع في هذه
الحالة لطلب التفريق لعدم الاتفاق ، ويقوم مقام مال الزوج مال الكفيل بالنفقة
إذا كان ماله ظاهراً يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ، كما جرى عليه عمل القضاة
عند تطبيقهم لهذا القانون ، لأن الزوجة ستحصل على حقها ويندفع عنها الضرر
فلا يكون لها حق طلب التطلق .

٢ - إذا لم يكن له مال ظاهر وكان حاضراً وصدر عليه حكم بالنفقة ولم
ينفق فللزوجة حق طلب التطلق ، فإذا طلبته عرض الأمر على الزوج فإثر
ادعى الأعرار وأثبت بطريق من طرق الأثبات أو صادفته الزوجة على دعواه
أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق فيها طلق عليه القاضي بقوله :
« طلقته منه » .

وإن ادعى الأعرار ولم يثبت أو ادعى اليسار وأصر على عدم الاتفاق أو
سكت عن بيان حاله من يسار أو إعسار وأصرت على طلب التفريق طلق عليه
في الحال دون إمهال ، لأن امتناعه عن الاتفاق في هذه الأحوال دليل على أنه
يقصد الأعنات والأضرار بالزوجة فلا فائدة في إمهاله حيث لم يثبت إعساره
بخلاف الصورة الأولى التي أثبت فيها إعساره لأنه معذور فيمهل ربما تبدل حاله .

٣ - إذا لم يكن له مال ظاهر وكان غائباً . فإن كانت غيبته قريبة بأثر
كان في مكان يسهل حصول قرار المحكمة إليه في مدة حددت بما لا يتجاوز
تسعة أيام ^(١) . أعذر إليه القاضي بالطرق المقررة في لائحة التنفيذ وضرب له

(١) هذا التحديد مرجعه منسوب إلى مالك وهو المصدر لهذا التشريع حيث إنه جمل =

أجلاً تقدر مدته بحسب ما يراه القاضي ويعلمه به ويقول له : احضر للأنفاق أو أرسل النفقة لزوجتك وبين له أنه سيطلق عليه امرأته إذا لم تصلها النفقة في الأجل المضروب ، فإن لم يحضر للأنفاق عليها ولم يرسل إليها النفقة وتحققت المحكمة من وصول الأعدار إليه طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل وإثبات الزوجة وقائع الدعوى « الزوجية » وغية زوجها . وعدم إنفاقه .

والمسجون المصرب بالنفقة يعامل تلك المعاملة بأن ترسل له المحكمة إعداراً بإرسال النفقة فإن لم يفعل طلق عليه ، وإن كانت القية بعيدة لا يسهل وصول قرار المحكمة إليه ، أو كان مجهول المكان أو كان مفقوداً لا تعلم حياته من وفاته طلق عليه القاضي بدون إعدار ولا إسهال متى ثبتت الزوجية والنية وأنه لا مال له تنفق منه ، ويعتبر هذا التطليق طلقاً رجعية إذا كان بعد الدخول ولم يكن مكملًا للثلاث . فلزوج أن يراجع زوجته في أثناء عدتها إذا أثبت يساره واستعد للأنفاق ، وإن كان القضاء لا يكتفون بمجرد إظهار الاستعداد بالقول بل لا بد من دفع النفقة الواجبة عليه ، فإذا لم يثبت اليسار أو لم يدفع ما وجب عليه لا تصح رجعته .

لكن يلاحظ أن هذا القانون لم يتعرض لبيان الأعرار الذي يترتب عليه التطليق بياناً كافياً غير ما يؤخذ من الأطلاق في المادتين ، ، في الأنفاسق والنفقة الذي يتبادر منه أن المراد به الأعرار عن النفقة الواجبة . للزوجة . منع أن مذهب مالك الذي اعتمد عليه القانون يفسره بأنه الأعرار عن النفقة الضرورية الحاضرة والمستقبلية لا النفقة الماضية ، فلو كان قادراً على الأنفاسق بقدر الضرورة عاجزاً عن إتمام الواجب عليه لا يطلق القاضي عليه كما سبق

حدد القية البعيدة بمن كانت على مسافة عشرة أيام أو كان مجهول المكان . فاعتبر القانون من تصل إليه الرسائل في مدة لا تتجاوز تسعة أيام قريب القية ومن كانت تصله في أكثر منها بعيد القية . ولم يلاحظ تطور المواصلات وسرعة وصول الرسائل وعدمها .

بيانه عند الكلام عن النفقة . وكان الواجب أن يفسر الأعراس المراد أو يحيل على المذهب الذي أخذ منه الحكم .

ورتب على عدم التفسير أو الأحالة أن جرى عمل القضاة على أن الأعراس يتحقق بالمعز عن دفع النفقة المحكوم بها عليه لأنهم لا يبيعون له مراجعة امرأته في المدة إلا إذا أثبت يساره ودفع المطلوب منه حالا واستعد للأتفاق في المستقبل ، ويطبق على النفقة الماضية حكم دين النفقة وهو أنها لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

كما أن القانون لم يعرض لمسألة ما إذا تطوع شخص بالاتفاق على الزوجة حتى يصر الزوج . ومذهب مالك في ذلك أنه يسقط حقها في طلب الطلاق إذا تطوع بها شخص آخر سواء كان قريباً للزوج أو أجنبياً عنه لاندفاع حاجتها بذلك ^(١) .

كما لم يعرض القانون لحكم ما إذا تزوجته مصرية عالمة بإعساره مع أن مذهب مالك لا يرى لها حقاً في طلب التفريق في هذه الحالة ، لأنها رضيت بالمعام مع على هذه الحال لأسقاطها حقها على ما هو المشهور في المذهب .

كل هذه المسائل كان يجب على المشرع تجليتها أو يحيل فيها على مذهب مالك الذي استند إليه حيث لا تفيد فيها الأحالة على المذهب الحنفي الذي يعتبر المرجع العام لكل ما سكنت عنه القانون لعدم وجود أحكام لهذه المسائل فيه لأنه لا يرى التطبيق لعدم الاتفاق وهذه المسائل متفرعة عليه .

(١) والشاقبة يفرقون في التطوع فإن كان أصلاً لزوجها وهو في عياله سقط حقها بذلك لأن إتفاقه عليها كاتفاق الزوج فلا منه عليها . أما إذا كان التطوع غير ذلك فلا تجبر على قبول النفقة ولا يسقط حقها كذلك لأنها تأبى التمسك عند قيام غير زوجها أو أمه بالاتفاق عليها .

الفصل الثاني

في التفريق للعيب :

المراد بالعيب هنا نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مشرة أو قلقة لا استقرار فيها . وقد اختلف الفقهاء في التفريق بالعيب اختلافاً كثيراً متشعباً فاختلّفوا أولاً في أنه موجب للتفريق .

فذهب الظاهرية إلى أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوعه . سواء كان موجوداً بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده ، لأنه ليس فيه دليل من كتاب أو سنة ، وكل ما ورد بشأنه أقوال عن الصحابة . وهي لا تخرج عن كونها آراء اجتهادية لا تصلح للاحتجاج بها - هكذا قالوا - وقد اختار هذا الرأي الشوكاني في نيل الأوطار ورجعه .

وإلى عكس ذلك ذهب شريح القاضي وابن شهاب الزهري وأبو ثور فقالوا : إن كل عيب بأحد الزوجين لا يحصل معه المقصود بالزواج من التناسل أو توافر المودة والرحمة بينها أو يحدث النفرة بينها يوجب الخيار للطرف الآخر ، لأن المقصد تم على أساس السلامة من العيوب ، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار .

وقد اختار هذا الرأي ابن القيم فقال في الجزء الرابع من زاد المعاد : « إن الاختصار على عيين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساويا لها لا وجه له ، فالعمى والحرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنقرات ، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والأطلاق في العقد إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالشروط عرفا ، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم وخيرها .

لماذا يقول رضي الله عنه في الميوب التي يعتبر المقيم عندها كآل بلا نقص . والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل معه مقصود الزواج من الرحمة والمودة بموجب الخيار .

وتوسط جمهور الفقهاء بين الرأيين فقرروا أن ليس كل عيب يصلح سببا لطلب التفريق بل الميوب التي تحل بالمقصود الأصلي من الزواج ، أو يترتب عليها ضرر لا يحتمل الطرف الآخر . وبعد اتفاقهم على هذا اختلفوا في أمور :

الأول : من يثبت له هذا الخيار . أهو كل من الزوجين أم الزوجة وحدها ؟

فذهب الحنفية إلى أنه يثبت للزوجة فقط ، لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه ، ولا داعي لرفع الأمر للقضاء لما فيه من التشهير بالمرأة أما الزوجة فلا تملك الطلاق فيستعين إعطاؤها حق طلب التفريق لتدفع به الضرر عن نفسها .

ونذهب الأئمة الثلاثة إلى أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين فيجوز للزوج طلب التفريق إذا وجد زوجته عيبا يمنع الاتصال الجنسي كالترق والقرن

والغفل والأفشاء^(١) أو وجدها مجنونة أو بها جذام أو برص ، لأنه ينشعر بذلك ولا يستطيع معاشرتها مع وجود تلك العيوب كما ثبت لها هذا الحق إذا وجدت بزواجها عيباً .

الثاني : في عدد العيوب الموجبة للتفريق :

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها العيوب التي تمنع التناسل وهي ثلاثة : أن يكون الرجل عنيماً أو مجبوراً أو خصياً^(٢) . لأن النفاية من الزواج حفظ النسل ، فإذا لم يكن الزوج صالحاً للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد أما غير هذه العيوب فهي لا تمنع تحقق هذا المقصود ويكفي تحققه في الجملة .

وزاد محمد بن الحسن ثلاثة عيوب أخرى وهي : الجنون والجذام والبرص . والأئمة الثلاثة وافقوه عليها وزادوا غيرها ، فعدوها المالكية ثلاثة عشر بعضها خاص بالرجل وبعضها خاص بالمرأة ، وبعضها مشترك بينهما ، وزاد الحنابلة عيوباً أخرى .

والجعفرية عدوها في الرجل أربعة : الحب والعمى والنقص والجنون ، وفي المرأة سبعة : الجنون والبرص والجذام والقرن والأفشاء والعمى والمريج والرتقي إذا منع من المخالطة الجنسية ولم يمكن إزالته ، أو أمكن وامتنعت عن علاجه . على تفصيل عديم فيما كان موجوداً منها قبل العقد أو حدث بعده وقبل الدخول أو بعده .

(١) الرائق : اتسداد موضع الاتصال الجنسي سواء كان الاستسداد بعمى أو بفتنة لهم . والقرن : شيء يبرز في هذا الموضع كقرن الشاة يمنع من الاستسداد . والغفل : لحم يبرز من موضع الاتصال يشبه الأذرة للرجل . والأفشاء : اختلاط السلكين بالمرأة .

(٢) العنق : من له آلة صفة أو كبيرة لا يستطيع المخالطة بها . والمجبور : مقطوع الذكر والمحصنين ، والخصي : مقطوع الأنثيين فقط . وقيد الشافعية كونه عيباً بما إذا كان لا ينتصب .

الثالث : في نوع التفريق الواقع بالميب . هل هو فسخ أو طلاق ؟

فالحنفية والمالكية طلاق بائن ، لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه ، وإنما جعل بائناً لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة ولا يحصل ذلك إلا بالطلاق البائن .

والشافعية والحنابلة والجعفرية فسخ ، لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة .

أما إذا كان الميب في الزوج فظاهر ، وأما إذا كان فيها والزوج هو الذي طلب التفريق فقد كانت هي السبب في طلبه ، والفرقة إذا جاءت من قبل الزوجة تعتبر فسخاً لا طلاقاً . ويظهر أثر هذا الخلاف في نقصان عدد الطلاق به إذا جعل طلاقاً ، وعدم نقصانه به إن كان فسخاً ، وفي وجوب نصف المهر لها إذا كان قبل الدخول وعدم وجوبه .

الرابع : هل هذا الحق يثبت لصاحبه على الفور بمجرد العلم به فيسقط بسكوته عنه فترة من الزمن يستطيع فيها رفع الأمر إلى القاضي وإليه ذهب المالكية والشافعية والجعفرية . أو هو ثابت على التراخي فلا يسقط بمجرد السكوت بل لا بد من الرضى به صراحة أو دلالة كما يقول الحنفية والحنابلة . حتى لو رفعت الدعوى ثم تركتها مدة لا يسقط حقها ويكون لها رفعها من جديد إلا إذا غيرها القاضي بعد ثبوت حقها في التفريق وسكنت فإنه يسقط حقها لأن عليها الاختيار في مجلس التخيير .

الخامس : هل يشترط فيمن يطلب التفريق بالميب أن يكون خالياً من الميوب أو لا يشترط ذلك ؟

من الفقهاء من جعله شرطاً للحنفية ، ومنهم من لم يجعله شرطاً كالمالكية والشافعية .

ما يجري عليه العمل :

وقد كان العمل جارياً بمصر على الراجح من مذهب الحنفية وهو رأي الشيعين ، وخلصته أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيباً من الميوب الثلاثة كان لها أن تطلب التفريق وتجاب لطلبها بالشروط الآتية :

١ - أن يكون العيب موجوداً عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول ، أما إذا حدث بعده فلا يثبت لها الخيار ، لأن الزوج بالوصول إلى المرأة مرة قد أوفاهما حقها قضاء ، فليس لها أن تطالبه بعدها .

٢ - أن تكون بالغة . فإن كانت صغيرة ينتظر بلوغها لجواز أن ترضى به بعد البلوغ .

٣ - ألا تكون عالة بالعب وقت النكاح وألا ترضى به بعد علمها إذا لم تكن عالة به ، فإن كانت عالة أو رضيت به صراحة أو دلالة لم يثبت لها الخيار .

٤ - ألا تكون المرأة معيبة بعيب يمنع من المخالطة الجنسية كالرتق والمفل والقرون ، لأنه لا معنى لطلبها الفقرة في هذه الحالة . حيث إنها غير صالحة للمخالطة وليس لها حق فيها ، فلا يكون الزوج ظالماً بامساكها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بالطلاق .

فإذا توفرت هذه الشروط وطلبت الزوجة التفريق وثبت العيب الذي تدعيه بأي طريق من طرق الإثبات ، فإن كان الزوج مجبوراً أمره القاضي بتخليتها ولا يمهله لعدم الفائدة في إيماله فإن أبى أن يطلق طلقها القاضي نيابة عنه ، لأنه نصب لرفع الضرر .

وإن كان عتيماً أو خصياً أجله القاضي^(١) سنة لاحتمال أن يكون عديم وصوله إليها لعله طارئة يرجى زوالها ، وإنها كان التأجيل إلى سنة لأنه المروي عن فقهاء الصحابة عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ، ولأن السنة تشتمل على الفصول الأربعة ، ومن الناس من يمتدل مزاجه وتنشط دواعي رغبته في النساء في فصل دون آخر ، فإذا مرت السنة^(٢) بفصولها الأربعة تبين أن ما به ليس أمراً طارئاً بل هو عيب مستحكم فيه .

ما يمتنع في طلب التفريق والتأجيل :

إذا طلبت الزوجة التفريق بسبب العنة أو الخطأ فادعت أنه لم يصل إليها لهذا الميب فإن اعترف الزوج بما تدعيه وصدقها في دعواها أجله القاضي سنة سواء كانت المرأة عند الزواج بكرًا أو ثيبًا ، فإن انتهت السنة وأصررت الزوجة على طلبها لأنه لم يصل إليها وصدقها الزوج في عدم الوصول أمره أن يطلقها فإن لم يفعل طلقها عليه ، وإن أنكر دعواها فإن كانت الزوجة حين المقد عليها ثيبًا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاقها الفقرة وهي تدعيها والظاهر يشهد له ، لأن الأصل في الإنسان السلامة من الميوب ، فإن حلف رفضت دعواها ، وإن نكل عن اليمين اعتبر مصدقاً لها في دعواها أجله سنة كما إذا اعترف من أول الأمر .

(١) والفقهاء تكاد تتفق كلتهم على التأجيل في الميب الذي يرجى برؤه ولكنهم اختلفوا فيما يجب التأجيل من الميوب تبعاً لاختلافهم في إمكان البرء وعدمه ، فالحنفية والشافعية : التأجيل في العنة والغصاء لا غير ، والشافعية : التأجيل في العنة دون غيرها ، والمالكية : التأجيل في كل من الجنون والجذام والبرص سنة ، وفي الروقي والقرن إذا كان يرجى البرء منها ، أجله المدة التي يراها يتحقق فيها البرء ، أما الجب والعنة والغصاء فلا تأجيل فيها عندهم لعدم رجاء البرء في نظرهم . وهذا - كما ترى - مخالف للأثر الروية عن فقهاء الصحابة في التأجيل في الميبي ومن في حكمه .

(٢) وهذه السنة . قيل أنها قمرية لأنها للمهودة في تأجيلات الصحابة ، وقيل شمسية لأنها تشتمل على الفصول الأربعة ، والخطب في ذلك سهل لأن الفرق بينهما أيام .

وإن كانت بكراً حين المقد عين القاضي امرأتين^(١) من الموثوق بهن للكشف عليها . فإن ثبت أنها ثيب فالقول قوله مع بيمينه حتى لو ادعت أنه أزال بكارتها بغير المخالطة لما قلنا إن الظاهر يشهد له فيحلف أنه أزال بكارتها بالمخالطة .

وإن تبين أنها لا تزال بكراً أجله سنة ، فإن مضت السنة وعادت تدعي عدم الوصول بماد الكشف عليها فإن وجدت بكراً أمره بالطلاق فإن طلقها انتهت المسألة ، وإن امتنع عن الطلاق طلقها القاضي عليه .

وإن وجدت ثيباً فالقول قوله مع اليمين فإن حلف ورفض دعوها ، وإن نكل عن اليمين كان مصدقاً لها وخيرها القاضي بين البقاء معه أو التفريق . فإن اختارت التفريق في المجلس طلب منه أن يطلقها فإن لم يفعل طلقها عليه^(٢) .

ولو قامت بدون اختيار اعتبرت متنازلة عن دعوها حتى ولو أقامها أعوان القاضي من المجلس لأنه يمكنها الاختيار بكلمة بسيطة .

وإنما وجب التأجيل ههنا الميئين دون غيرها ، لأن عدم وصول الزوج إلى زوجته مع أحدهما يحتمل أن يكون لميب مستحکم من أصل الخلقة فيكون سبباً للتفريق ، ويحتمل أن يكون لأمر عارض يزول بمرور الزمن فلا يكون سبباً موجباً للتفريق ، ولا يستطيع الأطباء القطع بأحدهما فيؤجل سنة للوقوف على حقيقته ، لأن الأمر العارض قد يزول في فصل من فصول السنة ، وإذا

(١) وهذا احتياط وإلا فامرأة عدة كافية .

(٢) ودفع الطلاق بإيقاع القاضي هو ظاهر الرواية فيذهب الخلفي لأنه المنصوص في كتاب الأصل لمحمد كما يقول الكمال في فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٥ . وهناك رأي آخر إنه يقع باختيارها دون حاجة إلى تطلق القاضي .

حكم القاضي بالتفريق بينها بسبب من الميوب كان طلاقاً بائناً ووجب عليها
العدة احتياطاً ويجب لها كل المهر في العنة والخصاء باتفاق أئمة المذهب لأنه تفريق
بعد خاتمة صحيحة، أما إذا فرق بينها بسبب الجب فيجب لها كمال المهر أيضاً
عند الأمام ويجب لها نصف المهر عند الصاحبين ، لأن الخاتمة جعلت كالدخل
في العنة والخصاء لاحتئاله معها ، أما الميوب فلا يتصور منه دخول فلا تكون
خاتوته موجبة تمام المهر .

والطلاق الواقع هنا طلاق بائن لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة ، ولأنه
لا يرتفع الضرر عنها إلا به كما قدمنا .

هذا ما كان معمولاً به في مصر وتلك طريقته فيما كان يفرق بسبب إلا بهذه
الميوب الثلاثة .

فلما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أضاف إلى تلك الميوب عيوباً
جسمية أخرى يفرق بها فأجاز لها طلب التفريق بكل عيب من الميوب المنفرة
أو الضارة وقد مثل لها بالجنون والجدام والبرص والهقرط فيها أولاً : أن تكون
من الميوب المستحكمة التي لا يرجى شفاؤها أو يمكن شفاؤها ولكن بعد
زمن طويل أو لا يمكن المقام معه إلا بضرر يلحق الزوجة . وأحال الفصل
في ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء .

وثانيها : ألا تكون المرأة عاتلة به عند المقد أو رضيت به بعد علمها ، فإن
رضيت به صراحة أو دلالة كأن طالبته بالنفقة مثلاً بعد حدوث العيب أو علمها
به لم يكن لها طلب التفريق . جاء ذلك في المواد ٩ ، ١٠ ، ١١ ونصها :

٩ م - « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً
مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه
إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل المقد

ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجت عالة بالميب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

م ١٠ - « الفرقة بالميب طلاق بائن » .

م ١١ - « يستمان بأهل الخبرة في الميوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها » .
فهذه المواد فتحت أمام المرأة باب الميوب التي تطلب التفريق بها ، وهذا حسن وجيل لأن الحياة الزوجية قوامها الاستقرار وهو لا يوجد مع عيب من تلك الميوب التي وصفها ، ولكنه لم يعرض لميوب التناسل التي كان التفريق قاصراً عليها بدليل أنه سكت عن حكم التأجيل المقرر فيها ، فالظاهر أنه أبقى الحكم فيها كما كان . على معنى أنها لا تؤثر إلا إذا كانت موجودة قبل العقد أو حدثت بعده قبل الدخول .

وهذا مما يؤخذ عليه أولاً : إذ كيف يجعل للمرأة الخيار إذا طرأ مرض من الأمراض الجسيمة التي يرجى علاجها بعد زمن طويل ويتمها من ذلك إذا طرأ على الزوج عيب مسن عيوب التناسل الذي يجعل المرأة معرضة للفتنة والفساد معتمداً على ما قرره الفقهاء من أن حق المرأة في الاتصال الجنسي قضاء يقتصر على مرة واحدة مدى الحياة ؟

وهذا أمر غير معقول ولا دليل عليه ، لأن الله شرع الفرقة بالإيلاء دون التقييد بعدم الوصول إليها قبله . ولو كان ذلك هو حقها لما أطلقه .

وهذا حكم رسول الله في قصة عبدة بن عمرو بن العاص وشكوى امرأته من اشتغاله بالمبادة عنها يقول له : « إن لزوجك عليك حقاً » دون أن يسألها عن قربانه لها قبل ذلك . فلو كان حقها في المرة الواحدة فقط لسألها عن ذلك ولاخبرها أنها لا حق لها فيما طلبت لو كان دخل بها مرة ، فالحق أن استمتاع المرأة حق مستمر لها ما دامت الحياة الزوجية ، وقد جوز بعض الفقهاء الفرقة

بالغية خوف الفتنة وخشية الوقوع في الزنا من غير تقييد بعدم دخول سابق .
وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مقررًا ذلك في صراحة . فأجاز
للرأة حق طلب التفريق إذا حبس زوجها أو غاب عنها سنة أو أكثر وخشيت
على نفسها الفتنة والوقوع بالزنا ، فإذا أجاز القانون هذا الحق مع غيبة الزوج
عنها خوف الفتنة أفلا يكون من الأول أن يبيع لها هذا الحق مع وجوده معها
وعجزه عن مباشرتها ؟ لأن هذا الوجود مع ذلك المعجز يثير في نفسها دواعي
الشهوة أكثر مما تثيره غيبته عنها .

وثانيًا : إنه اعتبر المرض الذي يرجى الشفاء منه بعد زمن طويل من
دواعي طلب المرأة التفريق . غير أنه لم يحدد الزمن الذي يعتبر طويلًا حق
يحق لها الطلب والذي لا يعتبر طويلًا فلا يحق لها الطلب ، بل ترك ذلك التقدير
لأهل الخبرة ^(١) وهم عادة يختلفون فيقع القضاة في حيرة عند اختلافهم .

وكان الأجدر به أن يحدد ذلك زمن منضبط كما حدد فقهاء الصعابة
الزمن الذي يؤجل له العنين بسنة ، وفقهاء المالكية المجدوم والأبرص بسنة إذا
إذا كان يرجى برؤه فيها ^(٢) . فينص على أن القاضي يؤجل الحكم سنة إذا
قرر الطبيب إمكان البرء من المرض في أقل من سنة ويفرق في الحال إذا قرر
أكثر من ذلك .

وثالثًا : إنه مع توسعه في إثبات الحق للمرأة لم يجعل للزوج هذا الحق
اكتفاء بما له من حق الطلاق جبرًا على مذهب الحنفية ، وكان من العدل أن
يجعل له هذا الحق كما نحب إليه الأئمة الثلاثة ، لأن الزوج يتضرر إذا وجد
زوجته مريضة بعرض لا يتمكن من معاشرتها معه وبخاصة إذا وجدته كاتبة

(١) فيرجع إليهم القاضي لیسلمه عن مدى الضرر المنتظر من هذا المرض ومن إمكان
البرء منه وعدم إمكانه وعن المدة التي يمكن البرء فيها .

(٢) أشرح الكبير مع حاشية الدرر في ٢ ص ٢٧٩ .

موجودا عند العقد فتكون قد غرته ، واستعمال حقه في الطلاق يكلفه المال وهو في غنى عن دفعه ما دامت هي التي تسببت فيه ، ولأنه تزوج ليمش مع زوجته طول حياته لا ليطلقها .

كان من العدل أن يجعل له حق الفسخ بكل عيب دلس عليه فيه عند العقد حتى لا يتخذ التدليس والخداع وسيلة للحصول على المال .

فأما الميوب الحادثة بعد العقد فيكفيه لبراء ضررها ما يملك من حق الطلاق ، وهذه الحالة هي التي تستحق المرأة فيها السر عليها وعدم التشهير بها وهو مذهب المالكية .

أما في لبنان فقانون حقوق العائلة جعل حق طلب التفريق بالميب للزوجة فقط كمنهـب الحنفية ، ولكنه لم يقتصر على عيوب المخاربة الجنسية في الرجل ، بل توسع فيها فأضاف إليها الأمراض التي لا أمل في شفائها أو يوجد ولكنه يستمر أكثر من سنة ، ومثل لها بالجذام والبرص وعلّة الزهري والجنون ، غير أنه فرق بين النوعين فجعل عيوب المخاربة موجبة للتفريق إذا كانت قبل الدخول وبشرط ألا تكون ممية بميب منها ، أما بعده أو مع وجود الميب بها فلا حق لها .

وإذا كانت العلة قابلة للزوال أجله القاضي سنة تحتسب من زمن الحادثة أو من وقت إفاقته إذا كان مريضاً ، ولا يحتسب من السنة زمن مرض أحدهما وتقسيم الزوجة ، أما غياب الزوج وأيام حيضها فإنه يحسب منها ، فإذا لم تول ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرّت الزوجة يفرق بينهما ، وإذا اختلف الزوجان في المخاربة بأن ادعاهما الزوج وأنكرت الزوجة فإن كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين ، وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع اليمين .

أما إذا كانت غير قابلة للزوال فلا تأجيل بل يفرق في الحال حيث لا فائدة في التأجيل ، كما صرح بأن الزوجة إذا اطلمت على عيب في زوجها من تلك الميوب وأقدمت على الزواج سقط حقها في الخيار ما عدا العنة لاحتمال أنها

أقدمت على ذلك رجاء أن تول فلا يكون رضا منها على النكاح كما هو مذهب الشافعية .

أما إذا رضيت بالعيوب بعد الزواج سقط حقها في الخيار ولو كان العيب هو العنة . جاء ذلك في المواد ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ . وهذا كما ترى في مجلته مأخوذ من مذهب الحنفية عدا استثناء اطلاعها على العنة قبل الزواج .

أما العيوب الأخرى وهي العيوب الجسمية والأمراض فقد أثبت حق الخيار فيها للزوجة مطلقاً . سواء كانت العلة موجودة قبل الزواج أو حدثت بعده .

فإذا طلبت الزوجة التفريق نظر القاضي في العلة فإن كان يوجد أمل بزوالها أجل الحكم سنة ، فإن زالت لا تفريق ، وإن لم تزل فرق بينها إذا لم يقبل الزوج بالطلاق وأصررت الزوجة على طلبها ، لكنه قصر ذلك على العلة التي لا يمكن للزوجة الإقامة معه سوية بلا ضرر بدليل التمثيل بالأمراض التي يتعدى ضررها إلى الزوجة أو تنتقل بالوراثة إلى الأولاد كالجذام والبرص والزهري ، أما إذا كانت غير ذلك فلا تفريق كالعمى والعرج . م ١٢٢ .

وصرح في الجنون بأن المرجح للخيار منه ما كان حادثاً بعد عقد الزواج ويؤجل سنة كغيره ، فإن لم يزل يفرق بينها إذا أصررت الزوجة على طلبها م ١٢٣ . والسري في ذلك أن هذا القانون منع زواج المجنون والمجنونة إلا إذا وجدت ضرورة فيزوج بأذن الحاكم - م ٩ .

فإذا أقدمت المرأة على الزواج بمجنون فقد رضيت بذلك ورضاها بالعيوب مسقط لحقها في الخيار .

ثم إنه جعل الخيار للزوجة على التراخي . فلها التأخير في الدعوى أو تركها مدة يحد إقامتها - م ١٢٤ .

واقعد نص على أنه إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق بموجب أي عيب من الميوب السابقة فليس للزوجة حق الخيار في الزواج الثاني م ١٢٥ .

لأن الأقدام على الزواج الثاني يعتبر رضا من الزوجة باليوب في الزوج والرضا باليوب بعد العلم به يسقط حق الخيار ، والقانون أخذ بمذهب المالكية في النوع الثاني من الميوب ، وكل تفريق باليوب يعتبر طلاقاً بائناً كعذهب الحنفية والمالكية م ١٣١ .

هذا ما تدير عليه المحاكم السنية .

أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري^(١) الذي يجعل للزوجة حق الفسخ بأحد عيوب أربعة في الزوج . جنونه سواء كان دائماً أو متقطعاً على الراسخ كان قبل العقد أو بعده . وخصاؤه وعنته وجبه بشرط ألا يبقى له ما يمكنه من المخالطة ، وفي هذه يفسخ إذا كانت قبل العقد بلا خلاف ، فإن كانت بعد العقد والدخول فلا فسخ أيضاً بلا خلاف ، أما إذا وجدت بعد العقد وقبل الدخول ففيها رأيان أظهرهما أنه لا فسخ كما جعل للرجل الفسخ بأحد عيوب سبعة في المرأة : الجنون والبرص والجذام والقرن والأقضاء والعمى والمرج الواضحين . وزاد بعضهم الرتق إذا منع من المخالطة أصلاً إذا لم يمكن إزالته أو أمكن وامتنعت عن علاجه .

وقالوا : يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم وكذا المرأة غير أنها في العان لا بد من أن ترفع أمرها إلى الحاكم لضرب الأجل فإذا انتهى الأجل ولم يصل إليها كان لها التفرد بالتفريق بدون الرجوع إلى الحاكم مرة أخرى ، فإن وصل إليها أو إلى غيرها فلا خيار لها ويصدق إذا حلف على ذلك ، وإذا اختلفا في الميب فالقول قول المنكر مع يمينه إذا لم تكن المدعي بينة .

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٠ وما بعدها .

الفصل الثالث

في التفريق للضرر

يراد بالضرر هنا ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية كضربه إياها ضرباً مبرحاً وشتيمتها شتمةً مقذعةً ، وإكراهها على فعل ما حرم الله ، وهجرها لغير التأديب مع إقامته في بلد واحد معها أو أخذ مالها وما شاكل ذلك .

فإذا حدث ذلك فهل للزوجة أن تطلب التفريق أو لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك بناء على اختلافهم في المراد بآية بئس الحكمين وصحة بعض الآثار عن فقهاء الصحابة .

فذهب الحنفية والجمهورية والشافعية في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أنه ليس لها طلب التفريق ، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة . فعليها أن تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك أو تعزيره بما يراه رادعاً له إن لم يمتنع ، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بئس القاضي حكيمين ليقوما بالأصلاح بينهما غملاً بقوله تعالى : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً » النساء - ٣٥ .

قالوا : إن هذه الآية قصرت عمل الحكيم على محاولة الإصلاح بين الزوجين ولم تجعل لها حق التفريق ، فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده إلا إذا وكلها بذلك حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق لغيره .

وذهب المالكية والأوزاعي والشافعي في قوله الآخر وأحمد في الرواية الأخرى إلى أن لها الحق في طلب التفريق ، وليس في الآية ما يمنع ذلك ، بل من يمين النظر فيها يحدها جعلت لهما هذا الحق ، لأن الله سماهما حكيمين وجعل حق بعهما لغير الزوجين فليسا مجرد وكيلين إذ لو أراد ذلك لقال : « فابشوا وكيلاه » وكيلا عنه ووكيلا عنها ولما قصرهما على أهله وأهلها ، لأن الموكل له أن يوكل عنه من يشاء ، وإذا كانا حكيمين فهما بمعنى الحكيمين فيثبت لهما حق الحكم ولا حكم هنا إلا بالتفريق إذا تعذر الإصلاح . وقد ثبت أن عثمان أرسل حكيمين وقال لهما : إن رأيتم أن تفرقا ففرقا .

وكذلك روي عن علي أنه بعث حكيمين بين زوجين وقال لهما : عليكما أن تجعما فاجعما وإن رأيتم أن تفرقا ففرقا .

وروي عن ابن عباس أنه قال في الحكيمين : فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجعما فأمهما جائز .

وتفصيل مذهب المالكية - الذي أخذ به القانون - في ذلك

أن للمرأة أن تطلب من القاضي التفريق إذا أساء الزوج معاملتها فإن ثبتت دعواها بإقرار الزوج أو بشهادة رجلين ولو بسلمها من الجيران فرق القاضي بينهما .

وإن لم تستطع إثباتها رفض دعواها ، فإن تكررت شكاوها بعث القاضي حكيمين للإصلاح بينهما ، ويشترط في الحكيمين أن يكونا رجلين عدلين رشدين عالمين بالمطلوب منها شرعاً في هذه المهمة ، ويكون أحدهما من أهله والآخر من

أهلها إن أمكن ، فإن لم يجد من أهلها من يصلح لذلك بعث حكيمين أجنيين
من لهم صلة بالزوجين .

فإذا توصل الحكيمان إلى الصلح بينهما انتهت المسألة ، وإن لم يستطعا ذلك
فإن كان الزوج هو المسيء أو الأكثر إساءة ففرق الحكيمان بينهما بدون عوض ،
وإن كانت الزوجة هي المسيئة أو أكثر إساءة فبها غير أن بين الإبقاء على الزوجين
وأمر الزوج بالصبر وحسن المعاملة وبين خلع المرأة منه في نظير عوض ، وإن
كانت الإساءة منهما على السواء كان لها أن يفرقا بدون عوض أو يخلعاها بموض
يسير ، ويقع بهذا التفريق طلاق بائن .

المعمول به من الرايين

في مصر كان المصل بمنهـب أبي حنيفة لا تفريق بين الزوجين بهذا السبب
حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فجوز التـطليـق للضرر أخذاً بمنهـب
الأمام مالك . جاء ذلك في ست مواد من ٦ - ١١ وهي تنص على الآتي :

٦ - إذا ادعت الزوجة لإضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة
بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضي
طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت
الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد
٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

٧ - يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن
أمكن وإلا فمن غيرهم من لهم خبرة بجالها وقدرة على الإصلاح بينهما .

٨ - على الحكمين أن يتصرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما
في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قررهما .

م ٩ - إذا عجز الحكيمان عن الإصلاح وكانت الأساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

م ١٠ - إذا اختلف الحكيمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينها حكمم غيرها .

م ١١ - على الحكيمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقرانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه .

فقد بينت هذه المواد أن المرأة إذا ادعت أن زوجها يلحق بها ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة وأثبتته ، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها استجاب لها القاضي وفرق بينها بطلقة بائنة إذا لم يستطع الإصلاح بينها .

فإذا لم تثبت دعواها رفضها ، فإن تكررت شكواها بعث حكيمين رجل من أهلها وآخر من أهل إن أمكن ، فإن لم يوجد من أهلها من يصلح لذلك بعث حكيمين من غيرهم ممن لهم خبرة بمألفها وعندها أهلية للقيام بهذا الأمر .

فإذا قام الحكيمان بمهمتهما وتوصلا إلى الإصلاح على أي وجه قرراها ، وإن عجزا عن الإصلاح وكانت الأساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة ورفعا الأمر إلى القاضي ليحكم بمقتضاه .

وإن اختلف الحكيمان أمرهما بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينها حكمم غيرها . وأنت ترى أنه أقر مبدأ التفريق ولكنه بناء على أن تكون الأساءة من الزوجين أو من الزوج وحده أو جهل مصدرها ، ولم يعرض لما إذا كانت الأساءة من قبل الزوجة وحدها ، بل تركها عمدا دفعاً للقسدة تترتب عليها صرح بها المذكرة الأيضاحية بقولها : « لئلا يكون اعتبارها داعياً إلى إغراء المرأة المشاكسة لفصم عروة الزوجية بلا مبرر » .

ولكننا نرى أن ترك المرأة المشاكسة بدون تفريق ليس فيه محافظة على

الحياة الزوجية . بل قد يؤدي إلى العكس ، لأنها ستستمر في فعلها لأنها تعمل
أن الزوج سيضطر آخر الأمر إلى تطبيقها بدون عوض .

ولو أخذ القانون بمذهب مالك في هذه الحالة وجعل للحكمين حق التفريق
بالخلع لتعويض الزوج عما بذل من مال لكان في ذلك قطع للطريق على من يتخذ
من النساء مضارة الأزواج وسيلة إلى الفراق بالطلاق بدون عوض .

ويلاحظ أن القانون لم يأخذ بمذهب مالك حرفياً الذي يجعل للحكمين حق
التفريق بدون الرجوع للقاضي ، بل جعل هذا الحق للقاضي بناء على اقتراحها ،
وهذا فيه احتياط حيث يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما مما
يؤدي إلى تعديله لصلحة الحياة الزوجية .

أما في لبنان : فالمحاكم الجعفرية تطبق المذهب الجعفري وهو لا يميز التفريق
بهذا الضرر ، بل على القاضي أن يعززه متى ثبت أنه يضارها ، وإذا وقم
النزاع بين الزوجين وأدى إلى الشقاق ورفع أمره إلى المحاكم عين حكمين
عدلين لبحث أمرهما والعمل على إصلاح ذات البين بينهما ، فإن عجزا عن
الإصلاح لم يكن لهما حق التفريق إلا بوكالة من الزوجين كمذهب الحنفية .

والمحاكم السنية تسير على مقتضى قانون حقوق العائلة الذي قرر في المادة
١٢٠ - أنه إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع أحدهما المحاكم فالمحاكم
يعين من عائلة الطرفين حكماً وإذا لم يجد من عائلة الطرفين أو من أحدهما من
يصلح للحكم عين من يناسبهم من الخارج ، وعلى الحكمين أن يبيحا النزاع
وأساببه ويبحثا في الإصلاح ، فإذا لم يتمكنوا من الإصلاح فلأن كان سبب النزاع
من جهة الزوج فرق المحاكم بينهما ، وإن كان من جهة الزوجة جاز لهما التماس
على تمام المهر أو على قسم منه ، وإذا لم يتفق الحكمان فالمحاكم يعين هيئة
أخرى أو يعين حكماً ثالثاً ليس له قرابة للطرفين .

ثم نصت على أن حكم الحكّمين قطعي وغير قابل للاعتراض . وقد نصت المادة - ١٣١ - على أن الطلاق في هذه الحالة بائن .

فالقانون في ذلك أخذ بمذهب مالك في الجملة ، ولكنه لم يعرض لكل الحالات ، بل اقتصر على حالتين حالة ما إذا كان المتسبب في النزاع هو الزوج ، وحالة ما إذا كانت الزوجة هي السبب وفي كل منها يكون التفريق طلاقاً بائناً .

كما يلاحظ أنه جعل لكل من الزوجين حق طلب التفريق كما في المذهب المالكي بينما نراه في التفريق بالميب يقصر الحق على الزوجة وإن توسع في الميوب أخذاً من المذاهب الأخرى .

الفصل الرابع

في التفريق لغيبة الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها وتحشى على نفسها الفتنة فطلبت من القاضي التفريق بينها وبين زوجها فهل تعجب إلى طلبها ؟

ذهب الحنفية والشافعية والجمهورية^(١) وغيرهم إلى أنه لا يحق لها هذا الطلب ولا تعجب لطلبها لعدم وجود ما يصلح سبباً للتفريق في نظرهم .

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بالغيبة إذا طالت حتى ولو ترك لها زوجها مالا تنفق منه ، ولكنهم اختلفوا في حد الغيبة الطويلة . فحددها

(١) ومنهم من في المفرد وهو من لا يعلم مكانه يتلخص في أنه إن كان له مال تنفق منه أو له ولي ينفق عليها أو وجد متبرع بالنفقة وجب عليها الصبر والانتظار حتى تعلم حياته أو موته ، وإن لم يكن له مال ولم يوجد أحد ينفق عليها أجلها القاضي أربع سنوات إذا رفعت أمرها إليه ويبحث عنه فإن لم يتبين له وجود أمر وليه أو وكيله بطلاقها فإن لم يكن له أحدهما طلقها القاضي ، وتمتد عدة الرقاة ، وهذا الطلاق ليس بمجرد الغيبة بل لانتطاع الأصل في سيالته . فقه الأمام جعفر ج ٦ ص ٤٣ ، ص ٤٤ .

الحنابلة بسنة أشهر امتنادا إلى ما روي عن عمر في قصة المرأة التي تضررت من غياب زوجها في الفزو ومعها عمر في إحدى الليالي تشكو منشدة بيتين من الشعر^(١) وسأل ابنته حفصة عن المدة التي تصبر فيها المرأة عن زوجها فوقت للناس في منازلهم ستة أشهر .

وحدها المالكية في الراجح عندهم بسنة وقيل بثلاث سنين .

كما اختلفوا في تلك الغيبة هل هي التي تكون بغير عذر كما يرى الحنابلة أو مطلقاً بغير عذر كما يرى المالكية ، لأن المرأة تتضرر بها في الحالتين ، والمقصود بالتفريق رفع الضرر عنها ، واتفقوا على أن الغيبة إذا كانت بعيدة لا يمكن وصول الرسائل إليه أو يمكن بعد زمن طويل موجبة للتفريق في الحال بدون إعدار ولا إمهال .

وإن كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الأعدار إليه بأن يقدم أو ينقل امرأته إليه أو يطلق فإن فعل وإلا فرق بينها بعد أن ياترث مدة باجتهاده رجاء عودته .

وهذا التفريق طلاق بائن عند مالك ، وفسخ عند الحنابلة لأنها لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه .

وقد كان العمل بمصر يجري على مذهب الحنفية لا تفريق بالغيبة مها طالت إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فعدل من مذهب الحنفية وأخذ بحكم مطلق من مذهبي المالكية والحنابلة جاء ذلك في مادي ١٢ - ١٣ ونصها :

(١) تطاول هذا القيل واسود جهانيه وطال على ألا خليل الاعبه
والله فلا خشية الله وحده لحرق من هذا السرور جوانبه

م ١٢ - إذا غاب الزوج سنة^(١) فأكثر بلا عنر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها منه إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه .

م ١٣ - إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للأقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عنراً مقبولاً فرق القاضي بينها بتطبيقه بالثقة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعدار وضرب أجل .

والمراد بالغيبه كما جاء بالذكر الأيضاحية غيبة الزوج عن زوجته بأقامته في بلد آخر غير التي تعيش فيه ، وأما الغيبة عن بيت الزوجية وعيشه في بيت آخر في نفس البلد فهو من الأحوال التي تدخل في الضرر .

وعلت تلك المذكرة المدول عن مذهب الحنفية إلى مذهب مالك . بآرت مقام الزوجة وزوجها بعيد عنها زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع الاتفاق منه .

وإذا كانت هذه علة المدول فهي متحققة أيضاً في الغياب بعذر ولا يشد عنه إلا النادر فلم لم يعمم القانون الحكم للحالين ما كانت بعذر وبغير عذر . كما هو مذهب مالك الذي صرحنا بالذكر بأن الحكم مأخوذ منه ؟

ويمكننا تحليل هذه التفرقة : بأن الغيبة إذا كانت بغير عنر يلحق المرأة

(١) المراد بالسنة هنا هي الشمسية التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً . لما جاء في المادة ٢٣ من هذا القانون . أن المراد بالسنة في المراد من ١٢ - ١٨ هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً .

فيها الضرر من غير فائدة تعود عليها أو على الحياة الزوجية فلا يكون للمرأة ما يحملها على الصبر ، وأما الغيبة بعذر كالسفر للتجارة أو العمل أو لطلب العلم مثلاً ففيها من الفائدة التي تعود على الحياة الزوجية المستقبلية ، فعلى المرأة أن تتحمل قسماً من أعباء تلك الحياة لبناء مستقبل الأسرة فاستحق بذلك زوجها الرحمة والرأفة فلا يسمح لزوجه طلب التفريق .

ولا أدل على ذلك من أن هذا القانون جعل لزوجة المسجون بعد مضي سنة على سجنه أن تطلب التفريق وإن كان له عذر في غيبته حيث لا اختيار له في هذا السجن لأنه بارتكابه ما أوجب سجنه لا يستحق شفقة ولا رحمة ، بل يجب أن يعامل بشدة . على أن سجنه لا يعود على الحياة الزوجية بفائدة بل قد قد يكون سبباً في شقاءها في المستقبل .

هذا هو المعمول به في مصر . أما في لبنان فقانون حقوق العائلة يعرض لحكم غيبة الزوج في المادتين ١٢٦ ، ١٢٧ ، فيفرق أولاً بين غيبة الزوج الذي لم يترك لزوجه ما تنفق منه وتقدر تحصيل النفقة وبين ما إذا غاب وترك مالا من جنس النفقة ، فإذا طلبت التفريق في الحالة الأولى حكم به بعد إجراءات التحقيقات اللازمة بدون تأجيل .

وظاهر أن التفريق هنا لعدم الاتفاق كما أشرفنا إلى ذلك من قبل .

وإذا طلبت في الحالة الثانية فإن القاضي بعد إجراء التحقيقات اللازمة ويأسه من معرفة مكانه لا يفرق في الحال بل بعد فترة من الزمن قدرت بسنة في الغيبة في المحاربة من بعد عودة الطرفين المتحاربين وأمراهم لمحللتهم ، وأربع سنوات في الأحوال المادية تبدأ من تاريخ لباس من وجوده .

فإذا لم يعرف مكانه في تلك المدة وأصررت الزوجة على طلبها يفرق بينهما

بطلقة بائنة وتعتمد المرأة في كلا الحالتين عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ
الحكم م ١٢٧ .

فلو تزوجت بعد انقضاء عدتها ثم ظهر زوجها الأول لا يفسخ هذا
الزواج الثاني م ١٢٨ ، لأن الزواج الأول انتهى بالطلاق الذي أوقعه القاضي ،
وعدة الوفاة كانت للاحتياط فقط ، أما لو حكم بوفاته ثم تزوجت بآخر ثم
تحققت حياة زوجها الأول انفسخ الزواج الثاني م ١٢٩ ، لأن الزواج الثاني
جاء على أساس أن الأول انتهى بوفاة الأول وظهر أن هذا الأساس غير صحيح
وأن الزواج الأول لا زال باقياً .

الفصل الخامس

في التفريق لحبس الزوج

يرى الحنفية والشافعية والجمعوية أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مها طال، والمالكية والحنابلة الذين يرون التفريق لفسية الزوج لم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج .

ولم يصرح بذلك إلا ابن تيمية من الحنابلة في فتاويه^(١) ، ولكن المذهب المالكي صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان باختياره أو قهراً عنه كما في الأسير ، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد . وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس .

لذلك أخذ القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بهذا فنصت مادته الرابعة عشرة على أن : « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بمقوبة مقيدة للحرية مدة

(١) فيقول في باب عشرة النساء: « القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما بما يتمتع انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود »

ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه .

فإذا تحققت الشروط الموجودة في هذه المادة كان للزوجة طلب التفريق وعلى القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا ما أثبتت دعواها دفعا للضرر عنها .

وإنما شرط لجواز طلب التفريق أن يكون بعد مضي سنة من تاريخ حبسه لأن جواز الطلب للتفريق هنا لفية الزوج عنها في واقع الأمر ، وفي الفية لا يجوز لها الطلب إلا بعد مضي سنة ليتحقق الضرر وهو الاستيعاش لبعده .

وحينئذ يكون الحكم بالتفريق مبنياً على الضرر الواقع عليها بالفعل لا على الضرر المتوقع من الحبس .

وقانون حقوق العائلة لم يعرض لمسألة حبس الزوج ، فهل يرجع إلى المذهب الحنفي لأنه المرجع في كل ما سكوت عنه القانون ، أو يرجع للمذهب الحنبلي الذي أخذ منه القانون حكم التفريق للفية ؟

لظاهر أنه يرجع للمذهب الحنفي ، لأن التفريق للفية في نظر القانون ليس مبنياً على مجرد الفية وبعد الزوج عن زوجته بل لعدم معرفة مكانه .

أما المذهب الجعفري فالرأي الغالب عندهم أنه لا تفريق بالحبس ، ولكن بعض علمائهم جوز ذلك ، يقول السيد كاظم في ملحقات العروة الوثقى : « لا يبعد جواز طلاق الزوجة للعاكم الشرعي إذا علم أن زوجها محبوس في مكان لا يمكن مجيئه أبداً » (١) .

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد جواد مقنية ص ١٦٨ ، ص ١٦٩ .

البَابُ الثَّالِثُ

في
اللعن والأيماء والطهار

وفيه فصول

الفصل الأول

في اللعان^(١)

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في التعريف به وكيفيته وشروط الامتناع عنه

اللعان مصدر لاعن من اللعن وهو الطرد والأبعاد من رحمة الله تعالى .

وفي الاصطلاح : اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالفضب من جانب الزوجة^(٢) .

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٦ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ وما بعدها ، الشرح الكبير مع حاشية النعوتي ج ٢ ص ٤٥٧ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠ وما بعدها ، منهاج الطالبين ج ٤ ص ٣٧ وما بعدها ، كنز الدقائق ج ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها .
(٢) سمى بذلك لوجرد لفظ اللعن في خامسة الزوج ولم يسم بالفضب لأن اللعن أسبق منه والسبق من أسباب الترجيح ، ولأن لعانه قد ينفك عن لعانها ولا عكس . فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ .

وقد شرع الله الحد لمن يقذف امرأة محصنة^(١) بالزنى ولم يثبت دعواه بشهادة أربعة شهود زجرأله ولأمثاله عن انتهاك أعراض العفيفات . فيجحد ثمانون جلدة بقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون »
النور - ٤ .

وكان هذا هو الواجب في قذف كل محصنة ولو كانت زوجة، ولكن الله خفف عن الأزواج ورفع العرج عنهم بشرعية اللعان في حق من قذف زوجته بقوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادة إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » النور ص ٦ - ٨ .

فلما نزلت هذه الآيات أقام رسول الله ﷺ اللعان بين زوجين اتهم الزوج زوجته بالزنى مع شخص معين بعد أن وعظها وبين لها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة لأن أحدهما كاذب يقين ، فصار ذلك هو الحكم المقرر فيما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنى أو نفى نسب ولد لها إليه ولم تكن له بينة على دعواه ولم تصدقه الزوجة وطلبت إقامة حد القذف عليه .

كيفية اللعان :

طريقة اللعان بعد حدوث سببه كما جاء في الآيات السابقة أن يأمر القاضي الزوج بملاعنتها بأن يقول : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه ويشير إليها إن كانت حاضرة، وإن لم تكن حاضرة بالمجلس سمعها ونسبها بما تميز

(١) المحصنة : هي المرأة البالغة العاقلة العفيفة عن الزنى .

به ، ويكرر ذلك أربع مرات وفي الخامسة يقول : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو نفى الولد حسب موضوع الدعوى .

فإذا انتهى أمر الزوجة بملاعنته فتقول : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى أو نفى الولد حسبما جاء في دعواه ، وتكرر ذلك أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة : ^(١) غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به ، ويكون ذلك بحضرة جماعة من الرجال أقلهم أربعة لأنه بينة على الزنى .

وإنما وجب الابتداء بالرجل لأنه المدعي فيبنته بينة إثبات وبيئتها بينة إنكار لأنها منكورة ، وإنما كانت أربع شهادات لأن الزنى لا يثبت إلا إذا شهد عليه أربعة من الرجال أو أقربه صاحبه أربع مرات ، فكانت هذه الشهادات منه قائمة مقام شهادة الشهود الأربعة .

فإذا فعل ذلك سقط عنه حد القذف ، وإذا عارضته بشهادتها سقط عنها حد الزنى .

حكم الامتناع عن الملاءنة بعد وجود سببها :

إذا امتنع الرجل عن الملاءنة بعد اتهامه زوجته بالزنى أو بنفي ولدها حبسه القاضي حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيقام عليه حد القذف عند الحنفية .
ويذهب الأئمة الثلاثة والجمعونية إلى أنه يقام عليه حد القذف بمجرد امتناعه .

(١) يلاحظ أن النص السابق بينا جمل دعاء الرجل على نفسه لعنة الله جمل دعاء المرأة على نفسها غضب الله عليها . والقضب أشد من اللعن ، لأن اللعن طرد من الرحمة والقضب سخط الله وأزال مقته وعذابه بالفضوب عليه ، لأن جرعة المرأة هنا أشد من جرعة الرجل ، ولأن المرأة تكثر من اللعن كما جاء في الحديث في وصف النساء : « يكثرن اللعن ويكفرون المشير » فلا تهتم به لو أمرت بالملاءة عليها باللعن .

وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في الموجب الأصلي لقذف الزوج زوجته .

فالحنفية يرون أن موجبه اللعان لأن قوله تعالى : « فشهادة أحدهم » معناه فالواجب شهادة أحدهم ، وهذا يفيد أن الواجب في قذف الزوجات اللعان فلا يجب غيره إذا لم يوجد ، ثم قالوا إن آيات اللعان نسخت آية القذف في حق الأزواج أو خصصتها بغير الأزواج ، والجمهور يلزمون إلى أن الموجب الأصلي لقذف الزوجات هو حد القذف واللعان مسقط له ، لأن آية القذف عامة في حكمها لكل قاذف زوجاً كان أو غير زوج وجبات آيات اللعان تخففه عن الأزواج فجعلت لهم طريقاً لرفع الحد عنهم باللعان ، فإذا امتنع عن اللعان ثبت للموجب الأصلي وهو الحد ، وبدل لهذا أن الرسول قال لجلال بن أمية - لما قذف زوجته بالزنى مع شريك بن شعبة - « البيعة أو حد في ظهرك » ، وعند ما نزلت آية اللعان وجاء يلاعن^(١) قال له الرسول : « عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة » ، ولولم يكن الحد بهذا القذف واجباً لما كان لهذا القول معنى .

ولأن الزوج لو أكذب نفسه أقيم عليه الحد بالاتفاق .

ويبدو أن رأي الجمهور هنا أرجح من رأي الحنفية .

وإذا امتنعت الزوجة عن اللعان بعد أن لاعنها الزوج حسمت عند الحنفية حتى تلاعن أو تصدق للزوج فيما ادعاه ، فإن صدقته لا تحد حد الزنى حتى تقر به صريحاً أربع مرات ، لأن تصديقها ليس إقراراً بالزنى قصداً ، ولأنها لو

(١) وهو أول لعان وقع في الإسلام ولم يقع بعده لعان إلا في زمن عمر بن عبد العزيز .
حاشية الطبري على شرح التلخيص ج ٤ ص ٢٨ .

أقرت بالزنى ثم رجعت عن إقرارها لم تحمد . ووافقهم العنابة في ذلك^(١) .

وذهب المالكية والشافعية والجمهورية إلى أنها إذا امتنعت عن اللعان بقاء عليها حد الزنى وهو الرجم ، لأن الواجب الأصلي هو الحد واللعان يدرأ عنها الحد لقوله تعالى : « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله » فقد جمعت الشهادات وهي اللعان من جانبها دافعا عنها العذاب وهذا العذاب هو الحد المصرح به في قوله تعالى : « وليشهد عذابها طائفة من المؤمنين » .

شروط اللعان :

لا يجب اللعان إلا بعد قذف الزوج ومطالبة الزوجة بموجب القذف أمام القاضي وتوفرت الشروط الآتية :

١ - أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة بينها حقيقة أو حكما عند القذف سواء أضاف الزوج الزنى إلى زمن الزوجية أو قبلها عند الحنفية ، لأن العبارة عندهم بالوقت الذي وقع فيه القذف سواء كان القذف قبل الدخول أو بعده .

وذهب الجمهور والجمهورية إلى أن الشرط أن يضيف القذف إلى زمن الزوجية فلا أضافه إلى ما قبل الزواج لا يلاعن ويقام عليه حد القذف^(٢) ، لأن العبارة عندهم بالوقت الذي يضيف إليه الزنى فلا بد أن يكون حال قيام الزوجية .

فلا كان الزواج فاسدا لا يلاعن لأن الزوجية فيه تعتبر كالأجنبية ويقام عليه

(١) ففي كشف القناع ج ٥ ص ٤٠٠ وإن لاعن الزوج ونكحت الزوجة عن اللعان فلا حد عليها لأن زناها لم يثبت لأن الحد يدرأ بالشبهة وحسبت سعى تفرأ ربما أو تلعن .

(٢) الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٥٨ ، منهاج الطالبين ج ٤ ص ٣٩ . كشف القناع ج ٥ ص ٣٩٥ . استثنى الشافعية صورة ما إذا كان القذف بنفي الولد فإنه يلاعن ولو أضاف الزنى إلى ما قبل الزواج .

معد القذف إذا كانت المخدوفة عفيفة .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يلاعن في الزواج الفاسد إذا كان القذف
بنفي الولد لأن الرجل مضطر إلى نفي نسب هذا الولد ولا طريق له إلا
باللعان .

٢ - أن يكون كل من الزوجين أهلاً للشهادة على المسلم بأن يكون كل
منها مسلماً بالغا عاقلاً حراً قادراً على النطق غير محدود في قذف ، فإذا تخلف
قيد من ذلك لا يقام بينها اللعان . وهذا عند الحنفية ، لأن اللعان عندهم
شهادات ^(١) مؤكدة بالآيمان . حيث سميت الآية الأزواج شهداء وسميت ملاعنتهم
شهادات . وجعلها كشهادة الزنى في العدد .

وشرط الجعفرية الباطن والعقل في الزوجين ، وزادوا في الزوجة السلامة من
السمم والحرس وأجازوا لعان الأخرس بإشارته المقولة .

ولم يشترطوا الإسلام ولا الحرية ولا عدم الحد في قذف على الأصح عندهم ^(٢) .

(١) وعند الأئمة الثلاثة هي آيان بلفظ الشهادة فيشترط فيه أن يكون كل منها
أهلاً لليمين والزواج أهلاً للطلاق فصنعوا اللعان من كل زوجين سواء كانا مسلمين أو
كافرين ، عدلين أو فاسقين محددين في قذف أو لا ما دامت الزوجة عصمة يحق قذفها
ودليلهم على ذلك أنه يذكر فيه اسم الله ويجب تكواؤه والمروء في الشهادة أنها
لا تكور لكن القسم قد يكور كما في الفسلة ، ولأنه يكون من الجانبين والشهادة
تكون من جانب واحد ، وتسميته شهادة باعتبار قول كل منها أشهد ، ولأن الرسول
قال بعد أن رملت امرأة ملائكة أمية : «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» .

قال الشراكبي في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٣ بعد أن حكى عن صاحب الفتح أقوالاً
لثلاثة أن اللعان شهادة فيها شائبة يمين والمكس ، وأنه ليس بيمين ولا شهادة قال :
والتي تحرر لي أنها من حيث الجزم بنفي الكذب والبات الصدق يمين لكن أطلق
عليها شهادة لانقطاع أن لا يكفي في ذلك البطن بل لا بد من وجود علم كل
منها بالأمرين علما يصح منه أن يشهد .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٨ .

٣ - ألا يقع الزوج بينة على ما ادعاء بالاتفاق ، فلو أقام بينة وجب عليها الحد ولا لعان ، لأن اللعان حجة ضعيفة فلا تقاوم بالبينة .

وزاد الجعفرية على ذلك أن يدعى مع الزنا مشاهدته ، فلو لم يدع المشاهدة فلا لعان .

٤ - أن تكون الزوجة عفيفة عن الزنى ، وجوز الجعفرية لعان الزوجة غير العفيفة على نفي الولد خاصة .

٥ - أن تنكر الزوجة ما رامها به زوجها .

المبحث الثاني

في الآثار المترتبة على اللعان :

إذا توافرت شروط اللعان ووقع أمام القاضي ترتب عليه الآثار الآتية :

١ - سقوط الحد عنها .

٢ - يحرم بمجرد اللعان استمتاع كل من الزوجين بالآخر حق قبل تفريق القاضي بينها .

٣ - تنع الفرقة بين الزوجين بالاتفاق . غير أنهم اختلفوا في وقوعها . هل تنع بمجرد اللعان ولا تتوقف على تفريق القاضي أو لا تنع إلا بتفريقه ؟

فذهب أبو حنيفة وصاحباؤه إلى أنها لا تنع إلا بتفريق القاضي ، فلو تلاعنا وتأخر تفريق القاضي كانت الزوجية باقية بينها في بعض الأحكام ، فلو مات أحدهما ورثه الآخر ، ولو طلقها وقع عليها الطلاق ، ولو أكذب نفسه حلت

له من غير تجديد عقد الزواج ، واستدلوا بما روي عن ابن عباس في قصة المتلاعنين : « ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وهذا يفيد أن التفريق حصل بفعل رسول الله لا قبله .

وذهب مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه وزفر من الحنفية والجمعرية إلى أن الفرقة تقع بمجرد الملائعة ، وحكم القاضي منفذ لها ، لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد ولولاه ما وقعت ، وقول ابن عباس السابق ليس نصاً في إنشاء الفرقة بل يحتمل ذلك ويحتمل أنه إعلام لها بها أو تنفيذها حساً بينهما ، ومع الاحتمال لا يدل على توقف الفرقة على حكم القاضي .

وإذا وقعت الفرقة بينها اعتبرت طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد^(١) ، تحسب من عدد الطلقات لأن سبب الفرقة جاء من جانب الرجل لأنه المتسبب فيها ، فلا يحل له أن يتزوجها قبل أن يكذب نفسه أو تصدقه في دعواه أو يكون من أحدهما ما يخرج به عن أهلية الشهادة . كأن يقذف أحدهما غيره فيسجد به أو يرتد عن الإسلام ، لأن تكذيبه لنفسه يعتبر رجوعاً عن الشهادة ، والشهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها . حينئذ يحسد القذف ويثبت نسب الولد فيه إن كان القذف لتفيه ، ويتصدقها له يرتفع سبب اللعان أيضاً ، لكنها لا تحسد الزنى إلا إذا أقرت أربع مرات . كما قدمنا .

وذهب أبو يوسف والأئمة الثلاثة والجمعرية إلى أن الفرقة باللعان تكون فسخاً لا طلاقاً لأنها فرقة مؤبدة كحرمة الرضاع فلا يمكنهما إعادة الزواج بينهما حتى ولو أكذب نفسه أو صدقته الزوجة لحديث « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » .

ولأن سبب التفريق وهو اللعان قد وجد ، وتكذيبه نفسه أو تصديقها له

(١) وهو المعمول به في مصر الآن لأن القانون لم يعرض له بل أن مذكرته الإيضاحية نصت على أن فراق اللعان وإيذاء أحد الزوجين الإسلام ببقائه حكمه في منطب الحنفية .

لا ينفي وجوده فيبقى حكمه ^(١) ، ولأنه لو كان صادقا في اتهامها لها فلا ينبغي له أن يرجع إلى معاشرة زوج بنى ، وإن كان كاذبا فقد أساء إليها إساءة بالغة فلا يمكن من معاشرتها بعد ذلك .

٣ - إذا كان اللعان بنفي الولد ينفي نسبه منه ويلحق بأمه فيكون أجنبيا في بعض الأحكام كالنورات والنفقة ، فلا توارث بينها إذا مات أحدهما ، كما لا يرث الولد قرابة أبيه وإنما ترثه أمه وأقرباؤها ، ولا تجب لأحدهما نفقة على الآخر ، لأن كلا منهما لا يثبت إلا بسبب متيقن .

وتبقى أحكام البنوة في الأحكام الأخرى التي يراعى فيها الاحتياط لاحتمال أنه ابنه حقيقة فلا يحل لأحدهما إعطاء زكاة للآخر ، ولا تقبل شهادة أحدهما للآخر . ولا يقتل الأب به قصاصا إذا قتله ، كما لو قتل ابنه الثابت للنسب .

وثبتت بينهما حرمة المصاهرة فلا يجوز أن يزوجه من أولاده ، كما لا يجوز له أن يتزوج امرأته التي عقد عليها وبالعكس .

ولا يعتبر الولد بهذا النفي مجهول النسب ، فلو ادعاه غير الملاحن لا يصح ولا يثبت نسبه منه لاحتمال أن يكذب الملاحن نفسه فيعود نسب الولد له .

ولهذا قيل لو ادعاه أجنبي بعد موت الملاحن صححت الدعوى وثبت نسبه من المدعي إذا توافرت شروط ثبوت النسب .

هذا عند الحنفية ووافقهم الجعفرية فيها عدا القصاص فقالوا : إنه إذا قتله الملاحن اقتصر منه ، والشهادة فجوزوا شهادة كل منها للآخر وعليه ، وذلك لأنهم يجوزون شهادة الوالد لابنه وعليه وكذلك شهادة الابن لأبيه ولم يمنعوا إلا شهادة الابن على أبيه .

(٢) غير أن أبا يوسف يقول : إذا قلقها بنفي الراد وأكذب نفسه فإنه يثبت نسب الراد منه مطلقا ذلك بأن الحديث جاء بالتفريق بينهما ولم يتعرض للنسب بالنفي فيجب المحافظة عليه ، وإذا ثبت نسبه ومات الأب ورثه الابن ولم مات الابن لا يرثه أبوه لاحتمال أنه أكلب نفسه لأجل الميراث عند الحنفية والمجسرة .

الفصل الثاني

في الأيلاء^(١)

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في التعريف وركنه وألفاظه وشروطه

الأيلاء لغة عبارة عن اليمين مطلقاً . يقال : آلى يولى إيلاء إذا حلف سواء كان على ترك قريبان زوجته أو غيره .

وفي الشريعة عبارة عن حلف الزوج على ترك قريبان امرأته أربعة أشهر سواء كان حلفاً بالله أو بتعليق القربان على فعل يشق على النفس إثباته .

(١) من مراجع هذا البحث . قيل الأوطار ج ٦ ص ٢١٧ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٨٢ وما بعدها ، الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٦٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٦ وما بعدها ، شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ٨ وما بعدها ، كشف القناع ج ٥ ص ٣٥٣ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٣ وما بعدها ، لفتة على اللذائب الأربعة ج ٤ ص ٦٣ وما بعدها ، فرق الزواج الشيخ الحنيف ص ٢٢٢ .

وقد كان هذا النوع من الإيلاء في الجاهلية يلحق الضرر البالغ بالمرأة لطول مدة المنع كما روى عن ابن عباس أنه قال : كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين فوقت الله لهم أربعة أشهر^(١) .

وكان يتكرر هذا الحلف حتى يصل إلى التحريم المؤبد فتصير بذلك المرأة كالمعلقة لا هي بذات زوج لها حقوق الزوجية ولا هي خالية من الزواج يغنيها الله من فضله .

فخفف الشارع عنها يحمل أمد الإيلاء فترة قصيرة ألزم الزوج فيها إما الرجوع عن مقتضى يمينه أو فراقها جاء ذلك في قوله تعالى : « الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم » وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع علم » البقرة - ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

فنقله من حرمان مؤبد إلى حرمان مؤقت ينتهي بأحد أمرين : إما عودة الحياة الطبيعية بين الزوجين والأمساك بالمعروف أو التسريح بالأحسان .

ولم يرفع من أساسه وإن كان فيه إيلاء المرأة بحرمانها من أمر لازم لطبيعتها البشرية وإشعارها بكرامته وانصرافه عنها ، لأنه لا يتخلو من فائدة تعود على الحياة الزوجية .

فقد يكون نوعاً من التأديب لها إذا كان الباعث عليه أمراً يرجع إليها كأتانها فعلاً ينفرد منها فحجرها بهذا اليمين يحملها على تلافي سببه فتصفو الحياة الزوجية بينها .

وقد يكون علاجاً له إذا كان السبب منه ، لأن بعده عنها قد يثير في نفسه الشوق إليها فيعود إليها نادماً على أساءتها مصراً على حسن معاشرتها ، فإذا

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٤١٩ .

مرت المدة دون أن يجد نفسه مالت إليها فارقها بيسر وسهولة .
فيكون الأبقاء عليه بهذه الصورة من عوامل دعم الحياة الزوجية أو
أنها بما بالمعروف .

رهن الأيلاء :

يوجد الأيلاء بالعبارة الدالة على منع الزوج نفسه من قربان زوجته أربعة
أشهر^(١) فأكثر منما مؤكداً باليمين بالله أو بصفة من صفاته أو بالتزام ما يشق
عليه إثباته . كان يقول : والله لا أقربك أربعة أشهر ، أو وقدرة الله لا أقربك
عاماً ، أولاً أقربك أبداً ، وكذلك لو أطلق عن التقيد بزمان : كوالله لا أقربك ،
لأن الطلاق ينصرف إلى التأييد ، ومثل ذلك لو قال : إن قاربك في هذا العام
فعلي صوم شهرين متتابعين أو حج أو صلاة ألف ركعة مثلاً ، ففي كل هذه
الصور يكون مولياً يلزمه حكم الإيلاء الذي سيأتي بيانه .

وعلى ذلك لا يكون مولياً من حلف على تركها أقل من أربعة أشهر ، أو
قال لها : لا أقربك أربعة أشهر دون أن يلتزم بأمر يشق عليه ، لأن الشرط
لتحققه كون المنع مدة لا تقل عن أربعة أشهر مع تأكيد باليمين أو بالتزام أمر
يشق عليه ، فإذا خلا من أحدهما لا يكون إيلاء ، هذا عند الحنفية .

وخالفهم الأئمة الثلاثة والجمع في المدة فشرطوا أن تكون أكثر من
أربعة أشهر أو مطلقة عن التقيد .

لأن الآية وضعت لعدم قربان المرأة حداً لا ينبغي للزوج أن يتعداه وهو

(١) خالف الظاهرية فقالوا متى حلف بالله أو بصفة من صفاته على عدم قربانها يكون
مولى وإن لم يمين مدة أو عين أقل من أربعة أشهر ، فإذا فعل أمره الحاكم ألحقت في اليمين
وأشهر أربعة أشهر من حين الحلف فإذا انتهت المدة ولم يفيء ولم يطلق وقته وأمره بأحدهما
فإن امتنع فليس له أن يطلق عليه بل يضربه حتى يفعل أحدهما أو يموت فتبطل الحلق إلى
مقت الله تعالى . المحلل ج ١٠ ص ٥٢ .

الأربعة الأشهر وهو لا يطالب فيها بشيء فلا بد أن يزيد عليها ليطالب فيها بالقيء أو الطلاق .

كما خالفهم الجعفرية والحنابلة في المؤكد فشرطوا أن يكون بإسم الله أو بصفة من صفاته ، فمن حلف بالطلاق أو التزم ما يشق عليه لا يكون مؤبداً ، لأنه لا يبين إلا ما عده الشارع يمينا ، ولأن الحلف عند إطلاقه ينصرف إلى القسم الذي تعورف في عصر نزول الوحي أنه يمين تازم الكفارة بالحنث فيه ، لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ... الآية .

الفاظه : تنوع ألفاظ الأيلاء إلى نوعين صريح وكناية .

فالصريح : هو ما دل على المقصود من غير احتمال شيء آخر . نحو والله لا أقربك ، أو لا أجامعك ، أو لا أغتسل لك من جنابة وما شاكل ذلك ، وهذا يكون إيلاء ولا يصدق في أنه قصد به شيئاً آخر .

والكناية : ما احتمل معنى آخر . نحو لا أغشاك ، ولا أمسك ، ولا أدخل عليك ، ولا أجمع رأسي ورأسك ، وهذا لا يكون إيلاء إلا بالنية ، فلا ادعى أنه أراد به غير المحالطة صدق قضاء .

وكما يكون باللفظ المنجز يكون بالملق على حدوث أمر آخر ، وبالمضاف إلى زمن مستقبل ، وتبدأ مدة الأيلاء في المنجز عقب التلفظ به وفي الملحق من وقت تحقق الشرط ، وفي المضاف لزمن بدخول أول لحظة منه عند المنجية والشافعية والمالكية ، ونذهب الحنابلة والجعفرية إلى أنه لا يكون إلا منجزاً .

شروط الأيلاء :

١- يشترط في المولى « الزوج » أن يكون بالإنعاقلا قادر على المحالطة الجنسية ،

وبعبارة أخرى أن يكون أهلاً للطلاق عند أبي حنيفة والجعفرية .

وشرط أبو يوسف ومحمد أن يكون أهلاً للكفارة ، لأنه يعين يقرب على الحنث فيه الكفارة فلا بد أن يكون مسلماً مع العقل والبلوغ ، فالأبلاء عندهما لا يصح من غير المسلم ، لأن الكفارة عبادة لا تصح منه ، ويصح عند أبي حنيفة لأنه أهل للطلاق ، فإذا آلى من زوجته وبر في يمينه بأن لم يقربها في المدة كلها طلقت ، وإن حنث فيه لم تأنه كفارة لأنه ليس أهلاً لها لكونها عبادة .

وزاد الجعفرية : أن يقصد بهذا الأبلاء الأضرار بالزوجة ، فلو حلف لا يقربها لصالح اللبن لابنه الرضيع أو لمرضها لم يكن إيلاء ، ويوافقهم في ذلك المالكية ^(١) .

٢ - يشترط في المولى منها : أن تكون زوجة حقة أو حكما بأن تكون في عدة الطلاق الرجعي عند الحنفية والجعفرية ، لأن كلا منها يحمل مخالفتها حتى صحت الرجعة بالفعل باتفاقهم كما قدمنا في بحث الرجعة .

وتبتديء المدة من وقت الحلف وتحسب مدة العدة منها . فإن انتهت العدة قبل مدة الأبلاء سقط لفوات محله ، وإن امتدت العدة إلى نهاية مدة الأبلاء كان صحيحاً وطبق الحكم عليه ، وامتداد العدة يتصور فيها إذا كانت عدتها بالقروء وامتد بها الطهر فطالت مدة الحيضات الثلاث حتى نهاية الأشهر الأربعة .

وقد يراجعها أثناء العدة فيمتد الأبلاء إلى ما بعد الرجعة فيها إذا اعتدت بالأشهر . أما المعتدة من طلاق بائن فلا يصح الأبلاء منها باتفاقهم ، لأنه لا يحل له قربانها حتى يحلف على امتناعه منه ، ولأنها ليست من نسائه حتى يدخل تحت قوله تعالى : « الذين يؤلون من نساءهم تريص أربعة أشهر » ... الآية .

(١) والشافعية والحنابلة لم يشترطوا هذا الشرط كالحنفية .

ولم يشترط الحنفية في المرأة المولى منها أكثر من هذا . فيصبح الأيلاء الزوجة دخل بها أو لم يدخل بها صغيرة كانت أو كبيرة يمكن خالطتها أو لا كأن كانت قرناء أو رتقاء أو في مكان بعيد لا يمكنه الوصول إليها في مدة الأيلاء . قالوا : والفقيه في هذه الأحوال التي يتعذر فيها المخاربة يكون بالقول . وهو قول مالك .

وشروط الجعفرية : أن تكون مدخولاً بها بعد عقد زواج دائم . فعن آلى من زوجته قبل الدخول بها لا يصح إيلاؤه .

المبحث الثاني

في حكم الأيلاء :

إذا حلف الرجل على عدم قربان زوجته على الوجه السابق فلما أن يفىء إليها بأن يفعل المحلوف عليه في مدة الأيلاء أو لا يفعل .

فإن فعل قبل مضي الأشهر الأربعة بطل الأيلاء ولزمه كفارة اليمين إن كان الحلف باسم الله أو بصفة من صفاته ، أو للوفاء بما التزم من صلاة أو صوم أو حج أو تصدق .

هذا إذا كان يقدر على مقاربتها ، فإن كان عاجزاً عنها من وقت الأيلاء لعذر كمرضه أو مرضها أو صغرها أو بعده عنها وامتد عجزه إلى آخر مدة الأيلاء^(١) يكون فيه بالقول . كأن يقول : قُتت إلى زوجتي أو رجعت عما

(١) وإنما شرط امتداد العجز إلى آخر المدة لأنه لو قدر على المقاربة في أي وقت منها لم يصح فيه بالقول . فتح القدير ج ٣ ص ١٩٥ .

قلت ، وهذا القول ينحل بينه بالنسبة للطلاق فلا يقع بمضي المدة بدون غخالطة ، كما أنه لا تازمه ككفارة اليمين ولا الأمر المترم به بالتحليق لأن المصروف عليه لم يقع منه فلا حنت ، وإنما اعتبر الفيه بالقول لأن وقوع الطلاق لرفع الظلم عنها ، وعند المعجز يكفي رفع الظلم بالقول حيث لا يستطيع سواء .

وإن لم يفعل ولم يقل ذلك القول حتى انتهت المدة كان إاراً في بينه فلا كفارة عليه ولكنها تطلق منه طلقة بائنة بمضي المدة عند الحنفية ، ولا يحتاج الطلاق لأيقاع منه أو لحكم القاضي به ، ويمد وقوع الطلاق ينتهي الأيلاء إذا كان عين هذه المدة عند الحلف (١) .

وإنما وقع بائنا عندهم لأن وقوعه هنا لتخليص المرأة من الظلم ، والرجعي لا يفيد ذلك حيث يملك مراجعتها ثم يمد الأيلاء وتكرر المسألة فلا يخلصها إلا السينونة .

والأئمة الثلاثة يوافقون في أن الفيه في المدة ينهي الأيلاء ويلزمه الكفارة لهذا الحنت ، ولكنهم خالفوم في وقوع الطلاق بمضي المدة . فذهبوا إلى أن الزوج إذا لم يفيه إلى زوجته بعد انقضاء الشهور الأربعة فعليه الطلاق ، فارت طلق انتهى الأمر ، وإن أبى الطلاق طلق عليه القاضي جبراً إذا طلبت

(١) أما إذا كان الأيلاء مؤيداً ، كان قال لما : والله لا أقريك أبداً أو لم يصرح بلفظ الأبد فلا ينتهي الأيلاء بوقوع هذا الطلاق بمضي المدة . لأنه لم يوجد الحنت حتى يرتفع به ، فارت زوجها عاد الأيلاء فإن وطئها كفر عن يمينه ، وإن لم يفعل حتى مضت أربعة أشهر وقع طلاق آخر ، فإن زوجها ثالثاً ولم يفارها ومضت أربعة أشهر وقعت طلقة ثالثه فتصرم عليه حتى تزوج بآخر ، فإن زوجها بعده ولم يفارها لا يقع عليه طلاق بذلك الأيلاء لتتبدله بطلاق هذا الملك . لأن الأيلاء طلاق مؤجل وينتقد ط التعليلات للملكة له فيه ولم يبق له شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها . لكن يلاحظ أنه إذا قاربها في هذا الزواج لزمته الكفارة لتحقق الحنت في اليمين بتلك القاربة وينتهي الأيلاء بذلك .

راجع المداية وحاشيتي فتح القدير والنهاية ج ٣ ص ١٨٧ وما بعدها .

الزوجة ذلك^(١) والطلاق الواقع هنا رجعي سواء كان من الزوج أو القاضي ، لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً حتى يكون من الشارع ما يدل على أنه بائن .

فهم يخالفون الحنفية في أمرين . في أن الطلاق لا يقع بمضي المدة بل لا بد من إيقاعه من أحدهما ، وفي أن الطلاق لا يكون بائناً .

أما الجعفرية : فإنهم يوافقون الأئمة الثلاثة في أن الطلاق لا يقع بمضي المدة ،

(١) ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم في وقوع الطلاق بمضي المدة وعدم وقوعه إلا بإيقاع بمعدن من الزوج أو القاضي يرجع إلى اختلافهم في مرجع التنقيب المستفاد من الفاء في قوله تعالى : « فإن فاء وإن الله غفور رحيم » بعد تقدم أمرين الأيلاء والتريص . هل هو الأيلاء أو التريص . فالجمهور على أنه راجع إلى التريص . والمضى فإن فاءاً بعد معنى المدة التي يتريصها المولى ، والحنفية قالوا : إنه راجع إلى الأيلاء فيكون للمضى . فإن فاءوا بعد الأيلاء . وهذا يحتمل أن يكون النهي بعد الأيلاء في مدة الأريمة أشهر أو بعداه ويرجع كونه فيها بقراءة ابن مسعود « فإن فاءوا - قين - فإن الله غفور رحيم » فهذه وإن لم تثبت قرآنيته لعدم قرائنها فإنها لا تخرج عن أن تكون خبراً عن رسول الله فيصلح مرجعاً لأحد الاحتمالين هنا . فإن فاء الزوج في المدة وإلا طلعت امرأته بانتضاتها طلقة بائنة من غير حاجة إلى تطبيق منه أو من القاضي ، وقد روى ذلك عن بعض الصحابة والتابعين . كابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت . وعطاء وعكرمة والحسن وغيرهم . والمضى فإن فاء واقبل مضى المدة وعادوا إلى مقابلة زوجاتهم فإن ذلك يكون قوية من ذلك للفتن بالله يفر لهم . وإن أصروا على تنفيذ بينهم وهجر زوجاتهم حتى انقضت المدة فإنه يكون إصراراً على الطلاق فيكون إيلازه طلاقاً فتطلق منهم بمجرد انقضاء المدة .

وروجه الجمهور أن الآية وضعت لعدم قرآن المرأة حداً لا ينبغي للزوج أن يتعداه وهو أريمة أشهر وجعلها مدة تريص لا يطالب فيها الزوج بشيء ، وقد رتب على انقضائها أحد أمرين . أن يفي الزوج إلى امرأته فيفتر الله له ما وقع منه من إيلائها ، وأن يزم طلاقها بالله مطلع على ما يصدر منه فيحاسبه عليه فيسمع ما يقع منه من الطلاق ويعلم ما يصدر منه من خير أو شر فيجازيه عليه ، فإذا فعل أحد الأمرين فيها ، وإن لم يفعل كان للراء أن ترفع أمره إلى القاضي ليخبره بينها فإن فعل وإلا طلق عليه ، وهذا مروى عن عمر وعثمان وعلي وعائشة وابن عمر وسعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وغيرهم . وهذا الرأي أوجب من الأول .

وعلى الزوج بعدها أحد أمرين . إما القبيء أو الطلاق ، فإن فاء إليها فلا يطلب منه شيء ، وإن طلق وقع الطلاق رجعيًا ، وإن امتنع عن الأمرين كان للزوجة رفع أمرها إلى الحاكم ، وعليه أن ينظره أربعة أشهر أخرى فإذا مصت ولم يفيء فيها خيره الحاكم بين الفينة والطلاق إذا رفعت إليه أمرها بعد انقضائها ، فإن امتنع حبسه وضيق عليه في الطعام والمشرب حتى يفيء أو يطلق ، فإذا طلق وقع رجعيًا ولا يملك القاضي أن يجبره على واحد منها كما لا يملك أن يطلق عليه .

وإذا قاربها في المدة لزمته الكفارة بشرط أن يكون عندها قاصدًا لها ، فلو قاربها غائبًا أو مجنونًا فيها بطل حكم الأيلاء لتحقق الأصابة ولا تجب الكفارة لعدم الخنث (١) .

وينبغي هنا ملاحظة أن المرأة المولى منها بعد طلاقها يجب عليها أن تمتد عدة المطلقات عند جماهير الفقهاء لأنها مطلقة فتجب عليها المدة كمائر المطلقات وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجب عليها المدة إذا كانت قد حاضت في مدة الأشهر الأربعة ثلاث حيض وهو مروى عن ابن عباس لأن المدة إنما وضعت لبراءة الرحم وقد حصلت .

وسبب الخلاف كما يقول ابن رشد في بداية المجتهد : أن العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

المعقول به في مصر ولبنان :

أما في مصر فالعمل يجري على مذهب الحنفية وهو وقسوع الطلاق بإنهاء

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢٠٠ .

المدة لكن الطلاق يقع رجعيًا ، كما ذهب الجمهور لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الخامسة يقول : إن كل طلاق يقع رجعيًا إلا ما استثنى ، والطلاق الواقع بالأبلاء ليس منها فيتفق الممول به في الأمرين مع مذهب الأوزاعي في أن الطلاق يقع بمضي المدة رجعيًا .

أما المحاكم السنية في لبنان فتسير على مذهب الحنفية لسكوت القانون عنه والمحاكم الجعفرية تسير على مقتضى المذهب الجعفري وقد قدمناه .

الفصل الثالث

في الظهار^(١)

وهذا نوع من تصرفات الأزواج مع زوجاتهم لا يعتبر طلاقاً ولا فسخاً ولكنه يحرم قربان الزوجة تحريماً مؤقتاً إلى أن يوجد منه ما ينهيه بعد أن كان يوجب تحريم المرأة تحريماً مؤيداً في الجاهلية وهذا التصرف هو الظهار .

الظهار لغة مصدر ظاهر مأخوذ من الظهر . وهو قول الرجل لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي^(٢) ، وفي اصطلاح الفقهاء : تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأييد أو يميزه منها لا يحل له النظر إليه كالظهر والبطن والفتحة . كان يقول لها : أنت عليّ كظهر أمي ، أو كبطن أختي أو عمتي أو خالتي . يستوي في

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ١ ص ٢٠٩ وما بعدها ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٢٤ وما بعدها ، الشرح الكبير مع حاشية النووي ج ٢ ص ٤٣٩ وما بعدها ، شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ١٤ وما بعدها ، كشاف القناع ج ٥ ص ٣٦٨ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٩١ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٧٤

(٢) قال الكمال بن الهمام في فتح القدير : غص الظهر بذلك دون سائر الأعضاء لأنه محل للركوب . ولذلك سمي للركوب ظهراً فشبهت الزوجة بذلك . وقيل : إن الظهر مجاز عن البطن لأنه إنسا يركب البطن وعلاقته المجاورة ، وقيل : غص الظهر لأن هذا كان استعمالهم في الجاهلية .

ذلك أن تكون المشبهة بها محرمة عليه بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة .
كأن يقول لها : أنت علي كظهر امرأة أبي أو زوجة ابني وغيرها وهذا عند
الحنفية والأئمة الثلاثة .

والجعفرية قصروه على المحرمة بسبب النسب أو الرضاع . أما لو شبهها بمن
حرمت عليه بالمصاهرة . كأم زوجته أو زوجة أبيه أو ابنه لم يقع بهظهار .
أما قوله : تتنوع ألفاظ الظهار إلى نوعين صريح وكناية .

فالصريح : ما لا يحتمل إلا الظهار . نحو أنت علي كظهر أمي أو كبطن
عمي وما شاكل ذلك ، ويقع به الظهار سواء نوى به الظهار أو الطلاق أو
الأيلاء أو ادعى أنه لم ينو به شيئاً .

والكناية : ما يحتمل الظهار وغيره كقوله : أنت علي كأمي . فإنه يحتمل
المائة في التحريم أو المائة في الكرامة ، فإذا نوى أيها صدق فيما ادعاه منها ،
فإن قال : بويت الظهار كان ظهاراً ، وإن قال : أردت الطلاق فهو طلاق بائن
لأنه تشبيه في الحرمة .

وإن لم ينو به شيئاً فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال إرادة
الكرامة وقال محمد : يكون ظهاراً لوجود التشبيه الذي هو أساس الظهار .

ومن الكناية : أنت علي حرام كأمي^(١) . فإنه يحتمل الظهار والطلاق

(١) أما إذا قال لها « أنت علي حرام » فالحنفية يقولون هل أنه يسأل عن نيته، فإن قال :
أردت الكذب فهو كما قال ، لأنه نوى حقيقة كلامه . وقيل لا يصدق في القضاء لأنه
يبين ظهراً .

وإن قال : أردت الطلاق فهو تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث ، وإن قال أردت
الظهار فهو ظهار عند الشيخين . وقال محمد ليس بظهار لاقترام التشبيه بالحرمة وهو الركن
فيه . ولها أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والطلاق يحتمل اللين . =

نرهما أو أحدهما عومل بنيته ، وإن ادعى أنه لم ينوبه شيئاً منها كان إيلاه عند أبي يوسف لأنه أدنى الحرمتين ، وظهاراً عند محمد للتشبيه فيه .

وظاهر أن هذا الحكم لو صدر من يعرف الظهار والمراد منه أما لو صدر من العامي الذي لا يعرف معنى الظهار فيتمين أن مراده به الطلاق المؤكد فيصرف إلى الطلاق في حقه .

شروطه : يشترط لصحة الظهار ليقرب عليه حكمه عند الحنفية .

أولاً : يشترط في الرجل . أن يكون زوجاً بالغاً عاقلاً مسلماً .^(١) أي من أهل الكفاة فلا يصح ظهار من الصبي والمجنون والنمى .

ثانياً : يشترط في المرأة المظاهر منها : أن تكون زوجة في زواج صحيح نافذ قائم حقيقة أو حكماً . فيصح الظهار من المعتدة من طلاق رجعي ، ولا يصح من المعتدة من طلاق بائن ولا من كان زوجها فاسداً أو صحيحاً موقوفاً ، لأن كلا منها حرام عليه بالفعل فلا يكون للظهار منها معنى .

— وإن قال : أردت التحريم أو لم أو شيئاً فهو عين يصير به مولياً ، ومن فقهاءهم من يصرّف لفظ التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف . واسع الهداية مع فتح القدير ج ٣ ص ١٩٦ ، ص ١٩٧ .

هذا هو مذهب الحنفية والسألة فيها اختلاف من لدن الصحابة إلى ما بعد عصر الأئمة . وقد حكى ابن القيم من أقوالهم خمسة عشر قولاً . ذكرها الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٤ وما بعدها ، ووجع منها القول بأنه لغو وباطل لا يترتب عليه شيء وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس ، وبه يقول مسروق وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعطاء والشعمي ودارد الظاهري وأكثر أصحاب الحديث وهو أحد قولي المالكية واختاره أئمة الفرج . ودليه قوله تعالى : « ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام » .

(١) لم يشترط الشافعية والحنابلة الإسلام فصحبوه من الكافر النمي ، ولكن للمالكية يوافقون الحنفية في هذا الشرط .

ثالثاً : يشترط في المرأة المشبه بها : أن تكون محرمة عليه تحريراً مؤبداً^(١) بالاتفاق . فلو كانت محرمة عليه مؤقتاً . كأخت زوجته أو عمتها . أو كانت محرمة عليه مؤبداً عند بعض الفقهاء دون الآخرين كأم المرأة التي زنى بها أو بنته من الزنى لم يكن التشبيه ظهاراً على الراجح عند الحنفية .

ويشترط المجعفرة في الرجل : البلوغ وكال العقل والاختيار والقصد . فلا ظهار لصغير أو مجنون أو مكره ولا فاقد القصد بالسكر أو الأغواء أو الغضب .

وفي اشتراط الإسلام خلاف عندهم شرطه بعضهم لعدم إمكان الكفارة . ولم يشترط أكثرهم لإمكان تقديم الإسلام ثم يكفر .

وشرطوا في المرأة : أن تكون زوجة بالمقد الدائم ، فلا يقع على أجنبية ولو علقه على النكاح ، وأن تكون طاهراً طهراً لم يحامها فيه إذا كان زوجها حاضراً وكان مثلها حيض ، فلو كان غائباً أو حاضراً وهي لا تحيض لعدم البلوغ أو كونها بائة لا يشترط فيها ذلك ، وفي غير المدخول بها اختلاف عندهم ، كما شرطوا حضور شاهدين عدلين يسمعان نطق المظاهر ، وأن يكون الظهار منجزاً ، فلو كان معلقاً أو مضافاً لا يقع ، وهذه الشروط كما ترى هي شروطهم في الطلاق في الجملة .

حكم الظهار : كان العرب في جاهليتهم يظاهرون من نسائهم ويقصدون بذلك تحريم المرأة تحريراً مؤبداً ، وما كانت المرأة تخلص من زوجها بالتباعد لغيره ،

(١) للذهب الأخرى تخالف في ذلك فالحنابلة ، لا تشترط لتأييد فلو شبها بمحرمة عليه مؤقتاً كان ظهاراً . ككتاب الفتن ج ٥ ص ٣٠٩ . والشافعية يقيده بالألا يكون محرماً طارئاً على المشبه كأم . زوجته . وزوجة ابنته فإن كان لم يكن ظهاراً . شرح التهاج ج ٢ ص ١٥٠ .

بل كانت تصير بهذا الظهار كالمعلقة لا هي بذات زوج تستمتع بالحياة الزوجية ولا هي مطلقة تبحث لها عن زوج آخر .

فكان الظهار لونا من ألوان الأيذاء الذي يلحقه الرجل بالمرأة ، فلما جاء الإسلام لم يمرض له أول الأمر حتى ظاهر أوس بن الصامت بعد أن كبرت سنه وضاق خلقه - من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة بسبب مراجعتها له في بعض ما أمرها به ، ولما هدأت نفسه راودها عن نفسها فأبى عليه ذلك حتى يقضي الله ورسوله فيها وقع بينها ، وذهبت إلى رسول الله ﷺ وأخبرته بما حدث من زوجها بعد أن كبرت سنه ووجود أولاد بينها لا يستقر لهم قرار مع أحدهما ، وكان رسول الله يقول لها : اتقي الله فإنه زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني إليه ، فأخذت تجادله وتشكو إلى الله حالها وما صارت إليه فنزل عليه الوحي بآيات من أول سورة المجادلة وهي قوله تعالى : « قد جمع الله قول التي تجادلوك في زوجها وتشكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ذلك فوعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم » .

فلما نزلت هذه الآيات قال لها الرسول : مريه فليمتق رقبة . فقالت لا يجد ذلك يا رسول الله ، ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين ، فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم ، فقال : مريه ليطعم ستين مسكينا ، فقلت ما عنده شيء يا رسول الله ، فقال : إنا سنعينه يعمق ، فقلت وأنا أعينه يعمق أيضا ، فقال : قد أحسنت إذهي فأطعمي ستين مسكينا وارجمي إلى ابن عمك » رواه أبو داود ورواه أحمد بإسناد صحيح : المرق : ستون صاعاً من التمر .

وهذا أبطل الأسلام ظهار الجاهلية وألغى أثره من التحريم المؤبد ، فلم يجمعه طلاقاً واعتبره منكرًا من القول لأنه عبث بالحياة الزوجية وظلم للمرأة ، وزور لأنه كذب . لهذا عاقبه على ذلك بحرمانه من الاستمتاع بها حتى يكفر عما ارتكبه من خطأ بعقوبة ، فإن لم يجد فبصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فبإطعام ستين مسكيناً .

وقد اختلف الفقهاء في سبب وجوب الكفارة التي عبر عنها القرآن بقوله :
« ثم يعودون لما قالوا »

فالظاهرية يفسرونه بظاهره من أنه إعادة الظهار فلا كفارة عندهم إلا إذا أعاد الظهار . ولكنه مردود لأن حوادث الظهار التي حدثت في عهد الرسول لم يفسر فيها الرسول عن كونه الظهار الأول أو الثاني بل كان يقضي بالكفارة بمجرد ثبوت الظهار .

وأحسن ما قيل فيه : إنه العزم على مقاربتها ورجوعه عن الظهار (١) .
وهذا يقول الحنفية والجعفرية وغيرهم وتكون اللام بمعنى من أوفى . وذلك لأن مقتضى الظهار تحريم قريان المرأة ، فإذا عزم على قريانها يكون منه رجوعاً عما صدر منه من ظهار ، فإذا رفع هذا التحريم وجب عليه التكفير .

وعلى هذا يكون موجب الظهار تحريم قريان المرأة ولا يحل له قريانها (٢)

(١) وفسره المالكية بهذا في أحد أقوالهم ، وفي قول آخر بأنه العزم على الوطء مع إعادة إمساك المصمة . الشرح الكبير ص ٤٤٦ ، وفسره الشافعية بأنه إمساكها بعد ظهار مزمع إمساكها فرقة ، لأن المرد للقول مخالفته . يقال قال فلان قولاً ثم عاد فيه أي خالفه ونقضه وهو قريب من قولهم عاد في هبته ومقصود الظهار وصف المرأة بالتحريم وإمساكها بخالفه وهذا المذهب الجديد وفي القديم تأويلان العزم على الوطء . أو الوطء شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ١٥ .

(٢) واتفق الفقهاء على أنه يحرم منها القاروبة ، واختلفوا فيما دونه من اللس والنظر بشهوة والتبديل فحرمه البعض كذلك وأبى حنيفة ولم يحرمه البعض كالشافعية وأحمد . وسبب اختلافهم الاختلاف في تفسير التمس الوارد في الآية

إلا بعد التكفير بواحد من الأمور الثلاثة مرتبة ، فإذا واقعا قبل التكفير كان عاصيا يجب عليه الاستغفار وعدم قربانها مرة أخرى قبل أن يكفر لما روى أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعا قبل أن يكفر وأخبر الرسول بما فعل فقال له : ما حملك على ما صنعت قال : رأيت بياض ساقها في القمر ، فقال له الرسول « استغفر الله ولا تمد حتى تكفر » منتقى الأخبار .

ونذهب الجعفرية إلى أنه لو فعل ذلك لزمه كفارتان ، وإن كرر مقاربتها تكررت الكفارة ، ولا أدري لهم وجهها في ذلك مع صراحة الحديث السابق .
فإن كفر الرجل حلت له زوجته ، وإن امتنع عن التكفير وصبرت المرأة فلا شأن لأحد به حيث إن المرأة لم تشك من ذلك ، وعليها أن تنعمه من نفسها حتى يكفر .

فإن رفعت أمرها إلى القاضي ألزمه بالتكفير أو الطلاق رفعا للظلم الواقع على المرأة ، وله أن يحمله على ذلك بالحبس فإن أبى ضربه ، وإن ادعى أنه كفر صدق في دعواه ما لم يكن معروفاً بالكذب .

ونذهب الجعفرية إلى أنه يخيره بين الأمرين ثم ينظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة ، فإن انتهت المدة ولم يختار أحدهما ضيق عليه في المطعم والشراب حتى يختار أحدهما ولا يجبره على الطلاق ولا يطلق عليه ثم قالوا : لو طلقها بعد الظهار رجماً ثم راجعها لا يحل له مقاربتها حتى يكفر ، ولو خرجت من العدة ثم تزوجها وقاربها فلا كفارة عليه .

تنعمة : لو كرر الظهار قبل التكفير وجب عليه كفارة واحدة سواء صدر منه الظهار المكرر في مجلس واحد أو في مجالس متعددة . فوى به التأكيد أو الاستثناء أو لم ينويه شيئاً منها ، لأن ما بعد الأول قول لم يحدث تحريراً للزوجة فلم يجب به كفارة ظهار كاليمين بالله تعالى ، وإن ظاهر ثم كفر ثم ظاهر مرة ثانية وجبت عليه كفارة للظهار الثاني لأنه ظاهر بعد ما حلت له .

الباب الرابع

في العدة (١)

وفيه فصول

(١) من مراجع هذا البحث . سبل السلام شرح بلوغ الرام ج ٣ ص ١٩٥ . وما بعدها .
منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ١ ، والوطا بشرح الجاسي ج ٤ ، فتح القدير ج ٣ ،
البدائع ج ٣ ، البحر الرائق ج ٤ ، الشرح الكبير مع حاشية النووي ج ٢ ، الفتاوى لابن قدامة
ج ٩ ، الروضة البهية شرح الفقه الممشقة ج ٦ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٧ ، المختصر النافع ،
فقه الإمام جعفر ج ٦ .

أحكام الأسرة (٤٠)

الفصل الأول

في التعريف بها وأسبابها وحكمة مشروعيتها

العدة : بكسر العين وتشديد الدال في اللفظة . الأحصاء يقال : عدت الشيء عدة . أي أحصيته إحصاء ، والجمع عدد ، ويطلق العدة ويراد بها الممدود ، ومنه قوله تعالى : « إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله منها أربعة حرم » التوبة - ٣٦ .

وفي الشرع : أجل حدده الشارع للمرأة التي حصلت الفقرة بينها وبين زوجها بسبب من الأسباب تمتنع عن التزوج فيه بغير زوجها الأول .

ومعنى ذلك : أن المرأة التي قارقتها زوجها يجب عليها أن تنتظر بدون زواج حتى تنقضي المدة المحددة شرعاً ، فإن كانت المفارقة بالموت وجب عليها الانتظار مطلقاً دخل بها أو لم يدخل ، وإن كانت المفارقة بالطلاق أو الفسخ وجب عليها الانتظار إذا كان ذلك بعد الدخول بها ، فإذا انقضت المدة حل لها التزوج .

أما الرجل فلا يجب عليه الانتظار بعد مفارقة زوجته ، فله التزوج بغيرها متى شاء ، وبأي امرأة شاء إلا إذا كانت المرأة التي يريد التزوج بها محرمة عليه

لما نعت مؤقت بسبب زواجه السابق بمن طلقها. كمن طلق زوجته فلا يحل له التزوج بمن لا يحل له الجمع بينها وبين زوجته الأولى حتى تنقضي عدتها كأختها أو بنت أخيها أو بنت أختها أو عمتها أو خالتها لئلا يكون جامعاً بين محرمين .

وكمن كان متزوجاً بأربع نوسة فطلق إحداهن فلا يحل له التزوج بأي امرأة حتى تنقضي عدة من طلقها لئلا يكون جامعاً بين أكثر من أربع .

وهذا الانتظار وإن وجد فيه معنى المدة إلا أنه لا يسمى عدة اصطلاحاً^(١).

وهذا في الطلاق الرجعي باتفاق الفقهاء لبقاء الزواج الأول حكماً .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحكم كذلك عند الحنفية ، وخالف الجعفرية فأجازوا له التزوج في صورتين أثناء المدة ، وقد تقدمت هذه المسألة وآراء الفقهاء فيها^(٢) .

والدليل على مشروعية المدة الكتاب والسنة والأجماع .

أما الكتاب فجملة آيات بينت أنواع العدد ومقدارها . وستأتي في بيان الأنواع .

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها ما رواه ابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها قالت : « أمر النبي ﷺ بريدة أن تمتد بثلاث حيض » ، ومنها ما رواه البخاري عن المسور بن مخرمة أن ميممة الأسلمية تفتت بعد وفاة زوجها بليال فجهات إلى النبي ﷺ فاستأذنته أن تتكلم فأذن لها فنكحت ، ،

(١) وبالتأمل نجد أن معنى المدة وهي للتح من التزوج مطلقاً حتى تنتهي عدة الطائفة لا يوجد إلا في الصورة الثانية وهي الجمع بين الأربع ، أما الصورة الأولى ففيها منع من التزوج بأمرأة معينة فقط حيث يباح له التزوج بغيرها أثناء عدة المطلقة .

(٢) في بحث الجمع بين محرمين ص ٢١٤ من هذا الكتاب .

ومنها قوله : **يُحْكَمُ** « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يفتش رجلاً امرأة في طهر واحد » ، وعلى هذا انعقد الإجماع في عصر أصحاب رسول الله واستمر في جميع العصور .

سبب وجوبها :

تجب المدة بواحد من الأمور الآتية :

١ - وفاة الزوج بعد زواج صحيح يستوي في ذلك ما إذا كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » البقرة - ٢٢٤ .

فإنه أوجب عليها أن تنتظر هذه المدة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها .

٢ - حدوث مفارقة بعد زواج صحيح بطلاق أو فسخ بعد الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة أو الفاسدة عند الحنفية ، وبعد الدخول الحقيقي فقط عند الجعفرية .

فإذا حصلت المفارقة قبل الدخول وما ألحق به من الخلوة فلا تجب عليها المدة لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » الأحزاب - ٤٩ .
فإنه صريح في عدم وجوب العدة على المطلقة قبل المسيس الشامل للدخول والخلوة . والفسخ يأخذ حكم الطلاق .

٣ - حدوث مفارقة ولو بالموت في نكاح فاسد^{١١} أو بعد وطء بشبهة بعد

(١) وأمثلة الزواج الفاسد كثيرة وهو ما فقد شرطاً من شروط صحته كعدم الشهود ، وتزوج الأخت في عدة أختها ، وتزوج المتدة في أثناء عدتها ، وتزوج الحائصة في عدة الرابطة -

الدخول الحقيقي فقط عند الحنفية ، لأن المقصود من وجوب العدة بعد المفارقة فيها معرفة براءة الرحم وخلوه من الحمل ، وهذا لا يكون إلا بعد الدخول الحقيقي ، ولذلك لو كانت المفارقة بالموت تجب العدة بالحيض أو الأشهر لا عدة الوفاة .

حكمة تشريع العدة :

يرى بعض الفقهاء كابن حزم الظاهري : ^(١) أن العدة من الأمور التعبدية التي لا يدرك العقل لها حكمة تشريع ، بينما يرى جمهور الفقهاء أن لتشريعها أكثر من حكمة ، وتختلف أو تختلف بعضها في بعض صورها لا يطعن فيها لأن شأن الحكمة عدم اضطرابها في كل الأفراد . ونحن نجعلها لك فيما يلي :

١ - التعرف على براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب ، لأنها لا تكون غالباً إلا في فرقة بعد الدخول وهذا أمر توحى به الفطرة . لذلك كانت العدة معروفة عند العرب قبل الإسلام ، فلما جاء الإسلام أقروا بعد أن خلصها مما كان بها من أضرار تلحق المرأة .

٢ - التنويه بعظم شأن الزواج وإعلام الناس بأنه أمر له خطره يغاير سائر العقود لأنه عقد الحياة ، فكما أنه لا ينعقد صحيحاً إلا بحضور شهود عند جماهير

— وأما الطوطة بشبهة . فكمن وطء امرأة وجدما على فراشه ظاناً أنها امرأته لاشتباهاً بها . ومن تزوج امرأة غيره وهو لا يعلم أنها متزوجة فأنها حرم على الأول حتى تنقضي عدتها بعد أن يفرق بينها وبين من تزوج بها لتمرد إلى الأول ، وكمن عقد زواجه على امرأة ثم زفت إليه امرأة وقالت النساء له : إنها زوجتك فدخل بها بناء على ذلك ثم تبين أنها غيرها ، ولقد حدثت هذه الواقعة في زمن أبي حنيفة أن رجلاً زوج ابنته بتتين فأدخل النساء زوجة كل أخ على أخيه . فأجاب العلماء بأن كل واحد يحتسب التي دخل بها وتسد لتمرد إلى زوجها ، وأجاب أبو حنيفة : بأنه إذا رضي كل واحد بموطوءته يطلق كل واحد زوجته ويعقد على من دخل بها ويدخل عليها في الحال لأنه صاحب العدة فعلاً ذلك ورجع العلماء إلى جوابه .

(١) راجع المحلى ج ١٠ مسألة ٢٥٦ وما بعدها .

الفقهاء كذلك لا ينتهي بمجرد وجود الفرقة ، بل لا بد فيه من انتظار المرأة المدخول بها قبل الفراق مدة كافية ليتروى فيها كل من الزوجين ، أما الزوج فقد يوقع الطلاق في ثورة غضب أو تسرع من غير روية بما قد يوقعه في ندم على ما فعل فجعل الشارع أمامه فسحة من الوقت يراجع فيها نفسه ليختار أوفق الأمرين له . تدارك ما وقع بأرجاع الحياة الزوجية ، أو المضي بالطلاق إلى مصيره المحتوم

فإذا ما رجع عنده الندم أمكنه أن يرجعها إلى الزوجية بدون عقد ولا مهر أثناء فترة التبرص إن كان الطلاق رجعياً ، أو بعقد ومهر جديدين أثناء المدة لا يزاحه غيره في ذلك إن كان الطلاق بائناً .

أما الزوجة المكلفة بالانتظار فهي أحوج ما يكون إليه للتروي والتبصر في إنشاء زوجية أخرى لأن عصمتها يمسد زوجها ، فإذا تسرعت عقب الطلاق وأنشأت زوجية وظهر خطأها عجزت عن مفارقة زوجها بخلاف الرجل فإنه يستطيع التخلص من الزواج غير الملائم بما ملكه الشارع من حق الطلاق .

٣ - تمكين الزوجة المتوفى عنها زوجها من إظهار التأثير لفقد زوجها بالمنع من التزين ، وهذا ضرب من الوفاء له ، إذ ليس من المروءة والاعتراف بالجليل تسرع المرأة بالزواج عقب وفاة زوجها ولو قبل قبل دخوله بها ، كما أن تعجلها بالزواج يسيء إلى أهل الزوج الذين ارتبطت بهم برابطة المصاهرة ، إذ كيف تنعم بحياة زوجية جديدة في الوقت الذي لا يزال أهل زوجها في حزن عليه .

الفصل الثاني

في أنواع العدة

تتنوع العدة إلى ثلاثة أنواع :

١ - عدة بالقروء .

٢ - عدة بالأشهر .

٣ - عدة بوضع الحمل .

وهذا التنوع باعتبار سبب الفرقة ، وما تكون عليه المرأة عند حصول الفرقة ، وصحة الزواج وفساده .

النوع الأول - العدة بالقروء

وتكون العدة بالقروء لمن فارقها زوجها بعد الدخول أو الخلوة بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة إذا كانت المرأة من نوات الحيض ولم تكن حاملاً .

وهذا إذا كانت الفرقة بعد زواج صحيح ، أما إذا كان فاسداً فإنها تعتد بالقروء بعد الدخول الحقيقي وإن كانت بعد الوفاة .

والدليل على ذلك قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ،

فقد أوجبت الآية على المطلقة التريص ثلاثة قروء ، والقروء جمع قرء ، وهو يحتمل في الآية الحيض أو الطهر ، لأنه لغة مشترك بينهما - كما قالوا - ومن هنا اختلف فقهاء الصحابة ومن بعدهم في المراد منها، فمنهم من ذهب إلى أن المراد بها الحيض ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة، ومنهم من ذهب إلى أن المراد بها الطهر ، وهو مذهب المالكية والشافعية والجمهرية .

وكل من الفريقين يؤيد دعواء بأدلة وقرائن من الآية ومن غيرها يرجع إليها في موضعها، ويكفي هنا بيان مذهبي الحنفية والجمهرية .

أما الحنفية الذاهبون إلى أن المراد بالقروء الحيض فيقولون: لا بد من ثلاث حيضات كاملات بعد الفقرة ، فإن طلقت في طهر لا تنتهي عدتها إلا بعد انتهاء الحيضة الثالثة ، وإن طلقتها في الحيض لا تحسب تلك الحيضة بل تنتظر ثلاث حيضات بعد التي طلقتها فيها ، وإن كان يأثم على هذا الطلاق ، لأنه منهي عن الطلاق في الحيض لما يؤدي إليه من تطويل المدة .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ١٣٩ ونصها: « مدة العدة ثلاث حيضات كاملات للمرأة المتكوجة بمقد صحيح إذا طلقتها زوجها أو فرق بينها بالفسخ والتفريق بعد الاجتماع ولم تكن حاملا أو بالغة سن اليأس » .

وفي المادة ١٤٢ « جعل المدة في النكاح الفاسد ثلاث حيضات بعد المقاربة أو الوفاة » أما الجمهرية الذاهبون إلى أن المراد بالقروء الأظهار فيقولون : إذا طلقتها في الطهر احتسب ذلك الطهر من المدة وإن حاضت بعد لحظة من الطلاق ، وعليها انتظار طهرين كاملين آخرين ، فإذا بدأت الحيضة بعد ذلك انتهت عدتها .

وهذا في ذات الأقراء المستقيمة الحيض بأن يكون لها عادة مضبوطة وقتا، وغير مستقيمة الحيض يرجع إلى التمييز ثم إلى عادة نساها إن كانت مبتدأة ،

فإن لم يكن لها نساء ترجع إليهن تمتد بالأشهر كما سيأتي توضيحه .
والمرجع في انقضاء العدة بالحيض هو قول المواة بشرط أن تكون الفترة
التي مضت تحتل ثلاث حيضات وهي ستون يوماً عند أبي حنيفة وعليه
الفتوى .

وقانون حقوق العائلة في المادة ١٣٩ بنص على أنها لا تصدق قبل مضي
ثلاثة أشهر .

النوع الثاني - العدة بالأشهر

وتكون لمن فارقتها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة
وكانت لا تحيض لصفرها وإن بلغت بالسن ولم تر الحيض ولم تكن حاملاً أو
لبوغها سن اليأس^(١) .

كما تكون لمن توفي عنها زوجها بعد العقد الصحيح ولو قبل الدخول إذا لم
تكن حاملاً صغيرة كانت أو كبيرة تحيض أو لا تحيض .

غير أن هذه العدة صنفان . الأول ثلاثة أشهر وهي بدل عمن الحيض ،
والثاني أربعة أشهر وعشرة أيام وهي أصل وليست بدلاً عن غيرها .

والدليل على الأول قوله تعالى : « واللاتي يسنن من الحيض من نساءكم إن
ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن » الطلاق - ٤ . فهذه الآية جعلت
العدة ثلاثة أشهر لنوعين من النساء . مسنن بلغت سن اليأس ، ومن لم تحض
لصفرها .

(١) اختلف في سن اليأس . فقيل إنه غير مقدر لاختلافه باختلاف النساء فيفرض إلى
المرأة ، وقيل إنه مقدر واختلفوا في تقديره . على أقوال أشهرها أنه خمس وخمسون سنة وبه أخذ
الحنفية ، وعند الجعفرية خمسون سنة . وقيل هذا في غير القرشية أما هي فمن يأسها ستون سنة .

وإنما جعلت ثلاثة أشهر لأنها قائمة مقام ثلاث حيضات حيث جعلت بدلا عنها بدليل أنها لو حاضت انتقلت عدتها إلى الحيض وألغى اعتبار الأشهر ، ولأن الغالب في المرأة أنها تحيض كل شهر مرة فاعتبرت مدة الثلاث حيضات .

هذا هو مذهب الحنفية في المفارقة بعد الدخول أو الخلوة في النكاح الصحيح ، وبعد الدخول أو الوفاة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة ، وعليه سار قانون حقوق العائلة في المادة ١٤١ ونصها : « مدة عدة المرأة المنكوحة بعقد صحيح إذا طلقها زوجها أو فرق بينها بالفسخ بعد الاجتماع وكانت بلغت سن اليأس هي ثلاثة أشهر » ، وفي المادة ١٤٢ ونصها : « أحكام المواد السابقة جارية أيضا في المرأة المقاربة بنكاح فاسد أو المتوفى عنها زوجها » .

ويلاحظ هنا أن القانون اقتصر في المادة على من بلغت سن اليأس ولم يعرض لعدة الصغيرة فيها ، لأنه منع زواج الصغيرة التي لم تبلغ المحيض - م ١٤١^(١) ، واعتبر زواجها فاسداً في المادة - ٥٢ ،^(٢) فتكون داخلة في المادة - ١٤٢ - ولا تجب عليها العدة إلا في المفارقة بعد الدخول الحقيقي .

وذهب الجعفرية إلى أن التي تعتمد بالأشهر الثلاثة من بلغت سن المحيض وهو تسع سنوات ولكنها لا يحصل لها الحيض إما بالخلقة أو بعارض من مرض أو رضاع ولم تكن حاملا إذا حصلت الفرقة بعد الدخول لسبب غير وفاة الزوج^(٣) .

(١) ونصها : « لا يجوز لأحد أصلا أن يزوج الصغير الذي لم يتم السنة الثانية عشرة من العمر والصغيرة التي لم تتم الثامنة من العمر » .

(٢) ونصها : « إذا كان أحد الطرفين غير حائز شروط الأهلية حين العقد فالنكاح فاسد » .

(٣) فقه الأمام جعفر ج ٦ ص ٣٣ .

أما التي لا تحيض لصفرها بأن لم تبلغ تسع سنوات أو لبلوغها من اليأس فلا عدة عليها^(١) إلا عدة الوفاة عند وفاة زوجها .

قالوا : إن أول الآفة خاص بالمستربة وهي الكبيرة التي انقطع حيضها بغير سبب تعرفه بدليل قوله : « إن ارتبتم » ، وآخرها في الصغيرة التي بلغت سن الحيض ولكنها لم تحض خلقة أو انقطع حيضها بسبب معروف من رضاع أو مرض أو غيرها .

وجهور أهل السنة يقولون : إن الآفة أوجبت الاعتداد بالأشهر الثلاثة على من لم تحض سواء بلغت بالسن أو لم تبلغ بآخرها « واللاتي لم يحضن » وهو مطلق يبقى على إطلاقه ولا دليل يقيد هذا الإطلاق بمن بلغت بالسن ، وعلى من بلغت سن اليأس « واللاتي يشن من الحيض » وهذه ترتب في أمر حيضها ، لأن طور اليأس عند المرأة يبدأ عادة باضطراب عاداتها في الحيض بالطول والقصر ، والقرب والبعد ، واختلاف لون الدم ، وفي هذه الحالة يعترضها الشك في دمها هل هو دم حيض أو استعاضة ، ثم يأتي بعد ذلك دور الانقطاع التام ، ولا أدل على ذلك من الاختلاف بين الفقهاء في تقديره ، فإذا دخلت المرأة دور الارتباب تكون عدتها ثلاثة أشهر ، ويستمر كذلك في الدور الثاني حيث لا حيض من باب أولى ، ففائدة القيد لتدخل المرتابة ، ومعنى « إن ارتبتم » إن حصل لكم ربية في دم المرأة البالغة مبلغ اليأس أهو حيض أو استعاضة .

ومع اختلاف المذهبين في من تمتد بالأشهر الثلاثة اتفاقا على أنها تكون كاملة وتعتبر بالأهلة إذا ابتدأت العدة في أول الشهر وإن نقص بعضها عن ثلاثين يوما ،

(١) هذا هو الشهر عندهم فيمن بلغت سن اليأس ، وفي قول : إنه يجب عليها العدة لعدم الآفة « واللاتي يشن من الحيض من ثبأتكم » .

أما إذا ابتدأت في أثناء الشهر احسبت بالأيام عند أبي حنيفة فتكون تسعين يوماً .

وعند الصاحبين والجعفرية يكمل عدة الشهر الأول ثلاثين يوماً من الشهر الرابع ، ويحتسب الشهران المتوسطان بينهما بالأهلة .

الصنف الثاني وهو الاعتداد بالأشهر التي هي أصل : يكون لمن توفي عنها زوجها بعد عقد صحيح ولو قبل الدخول إذا لم تكن حاملاً يستوي في ذلك ذوات البيض وغيرها ، وهذه تعد أربعة أشهر وعشرة أيام ، وهذه متفق عليها بين الفقهاء لم يخالف فيها أحد . صغيرة كانت أو كبيرة بالغاً كان زوجها أو لا . لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » والحكمة في هذا التقدير : أن هذه المدة هي التي يتبين فيها كون المرأة حاملاً أو غير حامل ، لأن الجنين يمر بعدة أطوار . أربعون يوماً نطفة ، وأربعون علقة ، وأربعون مضغة ، ثم تنفخ فيه الروح ، ولأن هذه المدة - كما قالوا - هي أقصى ما تتحملة الزوجة عادة في البعد عن زوجها .

والأشهر هنا كاملة بالأهلة إذا ابتدأت الصعدة من أول شهر ، وتنتهي في نهاية اليوم العاشر بعد الأربعة ، وإذا ابتدأت في أثناء الشهر يجري فيها الخلاف السابق . فعند أبي حنيفة تكون مائة وثلاثين يوماً ، وعند الصاحبين والجعفرية يكمل الشهر الأول من الخامس وما بينها بالأهلة .

وقانون حقوق العائلة في المادة ١٤٣ ينص على أنه : « يلزم على المرأة التوفى عنها زوجها والمتكوجة بنكاح صحيح ما عدا الحامل أن تعد بأربعة أشهر وعشرة أيام سواء حصل الاجتماع أم لا » .

ويلاحظ هنا أن النكاح الفاسد والوطء بشبهة ليس فيها اعتداد بأربعة أشهر

وعشرة أيام حالة الوفاة ، لأن عدة الوفاة ملاحظ فيها لإظهار الأسف على نعمة الزواج وهو لا يكون إلا في النكاح الصحيح .

النوع الثالث - العدة بوضع الحمل

يرى الحنفية : أن المرأة الحامل إذا انتهى زواجها بطلاق أو فسخ أو وفاة زوجها تمتد بوضع الحمل دون قيد بزمان . سواء كان الحمل من زواج صحيح أو فاسد أو مقاربة بشبهة لقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » الطلاق - ، ، وهي عامة في المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن وإن كانت سابقاتها في المطلقات ، لأنها نزلت بعد آية البقرة وهي قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجهن يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » فتكون ناسخة لعمومها أو مخصصة لها .

ويؤيد ذلك ما أخرجه عبد الله بن أحمد في رواية المسند عن أبي ابن كعب قال : « قلت يا رسول الله . وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » هي المطلقة ثلاثة أم المتوفى عنها ؟ قال : « هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها » .

وروي عن ابن مسعود أنه قال : « نكحت سورة النساء القصوى كل عدة » « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » أجل كل حامل مطلقة أو متوفى عنها زوجها أن تضع حملها .

وكذلك روى عن أبي سعيد الخدري أنه قال : نزلت سورة النساء القصوى بعد التي في البقرة بسبع سنين ، وروى البخاري عن المسور بن غزمية أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فجاءت إلى النبي ﷺ فاستأذنت أن تنكح فأذن لها فنكحت ، وفي لفظ أنها وضعت بعد وفاة زوجها

بأربعين ليلة (١) .

وعلى هذا لو وضعت حملها بعد وفاة زوجها بفترة وجيزة انتهت عدتها وحلت للأزواج ، وليس عليها عدة وفاة بالأشهر ، ومن هنا قال عمر رضي الله عنه : « لو وضعت وزوجها على سريريه لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج » .

ولكنهم شرطوا في الحمل الذي تنتهي العدة بولادته أو بإسقاطه أن يكون مستبين الخلقه كلها أو بعضها سواء ولد حياً أو ميتاً ، فإذا لم يكن مستبين الخلقه بأن كان علقه أو مضغة غير مخلقة فلا تنتهي العدة بوضعه لأنه إذا لم يستبين خلقه لا يعلم كونه ولداً بل يحتمل أن يكون وأن لا يكون فيقع الشك ، والعدة لا تنتهي إلا مع اليقين .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ١٤٤ ونصها : « يلزم على المرأة المنكوحه بمقد صحيح إذا طلقها زوجها أو فرق بينها بالفسخ أو توفي عنها زوجها وهي حامل أن تعتد لحين وضع حملها ، وإذا أسقطت فإن كان مستبين الخلقه فهو كالحمل ، وإلا فلا تنقضي عدتها به ، بل تجري المعاملة وفقاً للأحكام المحررة في المواد السابقة ، وحكم هذه الفقرات جار أيضاً بحق المرأة المنكوحه بمقد فاسد إذا فرق بينها أو توفي عنها زوجها وهي حامل » .

ويرى الجعفرية : أن الحامل لغير الوفاة تعتد بوضع الحمل ، فلو وضعت بعد الطلاق أو الفسخ بلحظة انتهت عدتها ، وكذلك لو أسقطته بشرط العلم بكونه آدمياً ولو كان علقه (٢) .

(١) سبل السلام شرح بلوغ اللرام ج ٢ ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢) يقول العائلي في اللمعة : « وعدة الحامل وضع الحمل كيف وقع إذا علم أنه آدمي وإن كان علقه ووضعت بعد الطلاق بلحظة ولو أسقطته في غير الوفاة » .

أما الحامل المتوفى عنها زوجها فإنها تمتد بأبعد الأجلين ، وضع الحمل وأربعة أشهر وعشرا ، فإن وضعت حملها قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام كانت عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة ، وإن انتهت هذه المدة والحمل لم يوضع كانت عدتها وضع الحمل ، وهو المروى عن علي وابن عباس ، لأنه تعارض فيها آية البقرة مع آية الطلاق وكل منها عامة ، ولم يثبت عندهما تأخر إحداها على الأخرى فعملاً بعمومها ، ولعل الأحاديث السابقة لم تبلغها .

الفصل الثالث

في تحول العدة من نوع إلى نوع آخر

في بعض الحالات تجب العدة على المرأة بنوع معين ، وتبتديء عندئذ عدها ثم يطرأ ما يوجب عليها الاعتداد بنوع آخر ، فقد تجب عليها العدة بالأشهر فتتحول إلى الاعتداد بالقروء ، وقد تجب عليها العدة بالقروء فتتحول إلى الاعتداد بالأشهر ، وقد تجب عليها العدة بالقروء أو بثلاثة أشهر فتتحول إلى عدة وفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وقد تجب عليها العدة بالقروء فتتحول إلى الاعتداد بأبعد الأجلين أجل القروء وأربعة أشهر وعشرة أيام . وإليك البيان :

١ - إذا وجبت العدة بالأشهر لغير وفاة بأن كانت صغيرة أو بلغت سن اليأس ثم جاءها الحيض قبل انقضاء الأشهر الثلاثة وجب عليها أن تسأنف عدة جديدة بثلاث حيضات عند الحنفية ^(١) ، لأن الاعتداد بالأشهر وجب عليها

(١) هذا هو الراجح في ملعب الحنفية في تحول اعتداد من بلغت سن اليأس إلى الحيض ، وهذا مبني على أن الأيس ليس له وقت معين ، بل يرجع إلى غلبة ظن المرأة ، فإن غلب على ظنها أنها بلغت سن الأيس ثم رأت الدم تبين خطؤها في هذا الظن فتتعد بالقروء ، وفي رواية أخرى أن هذه المرأة لا تنتقل عدتها إلى القروء بل تكمل عدتها بالأشهر ، وهي مبينة على أن الأيس له سن معينة وهي خمس وخمسون سنة ، فإذا بلغت هذه السن تمتد بالأشهر ، وما فواه بعده من الدم لا يكون دم حيض .

أولا لأنها ليست من ذوات الحيض ، فكانت الأشهر الثلاثة بدلا عن الحيضات ،
وحيث وجد الأصل قبل أن يتم المقصود بالبدل سقط اعتبار البدل ، وكانت
داخلة تحت قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » الذي هو
الأصل في العدة .

أما إذا جاءها الحيض بعد تمام الأشهر الثلاثة فلا يجب عليها الاعتداد
بالحيض ، لأن العدة تمت وحصل المقصود بالبدل قبل وجود الأصل ، فلا يبطل
حكمه كمن تيمم لعدم وجدان الماء وصلى ثم وجد الماء بعد انتهاء الوقت المحدد
للمسح فلا يجب عليه الوضوء وإعادة تلك الصلاة .

لكن يلاحظ هنا أن هذه المرأة أصبحت من ذوات الحيض ، فلو وجبت
عليها عدة بعد ذلك بأي سبب اعتدت بالحيض لا بالأشهر .

وعند الجعفرية : من وجبت عليها العدة بالأشهر بأن كانت في سن تحيض فيه
لكنها لا يحصل لها الحيض بالمعتاد ، أو انقطع عنها الحيض لعارض من مرض
أو رضاع مثلا ثم جاءها الحيض تحولت عدتها إلى القروء وهي ثلاثة أطهار^(١)
كما سبق بيانه .

٢ - من كانت من ذوات الحيض قابضت عدتها به وحاضت مرة أو
مرتين ثم بلغت سن اليأس تحولت عدتها إلى الأشهر عند الحنفية ، فتستأنف
عدة جديدة بثلاثة أشهر كاملة ، لأن العدة إما بالقروء وهي ثلاثة ، وإما
بالأشهر وهي ثلاثة ، ولكل منهما صنف . وحيث إنها لم تكمل العدة بالحيض
وصارت آيسة فتعتمد عدة الآيسة .

والجعفرية يذهبون إلى أنها تكمل عدتها بالأشهر ، فتحسب العيسة بشهر
فلو رأت الحيض مرة ثم بلغت سن اليأس أكملت العدة بشهرين .

(١) كما يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٢ .

٣ - من طلقها زوجها طلاقاً رجعياً ثم مات وهي في العدة تحولت عدتها من عدة طلاق سواء كانت بالحيض أو بالأشهر إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام تبدأ من وقت الوفاة . يستوي في ذلك أن يكون زوجها طلقها في صحته أو مرضه الأخير ، لأن المطلقة رجعياً زوجيتها باقية من كل وجه ما دامت العدة ، ولذلك ترثه ، وعلى الزوجة غير الحامل التي توفي زوجها الاعتماد بهذه العدة لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ، ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وهذه لا خلاف فيها بين الفقهاء .

٤ - من طلقها زوجها طلاقاً بائناً ومات في عدتها فإنها تكمل العدة التي بدأتها سواء كانت بالأشهر أو بالحيض ، ولا يجب عليها استئناف عدة للوفاة ، لأن الطلاق البائن يزيل الملك فزوجيتها غير قائمة . ولذلك لا ترثه . هذا إذا لم يكن الطلاق فراراً من إرثها إياه بالاتفاق .

فإن تبين أنه قصد بالطلاق الفرار من ميراثها بأن طلقها الثالثة في مرض موته بغير^(١) رضاها ثم مات وهي في العدة فإنها ترثه باتفاق الحنفية والجمهورية ولكن الخلاف بينهم في تحول عدتها .

فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن عدتها تتحول إلى أبعد الأجلين وهما عدة الوفاة وعدة الطلاق فأبقتها أطول فهي عدتها ، فإن كانت عدة الطلاق بالأشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة ، وإن كانت بالحيض وحاضت ثلاث حيضات قبل أن تمضي أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة فعدتها تمام هذه المدة ، وإن مضت المدة قبل أن تم ثلاث حيضات لا تنتهي عدتها إلا بأكمال الحيضات الثلاث . وهذا الرأي هو المقتضى به في المذهب وعليه العمل بمصر .

(١) ط ما هو المعمول به في مصر .

وإذا وجب عليها أطول العدتين لأنها باعتبار أنها مطلقة بئنا ليست بزوجة وقت الوفاة فلا تجب عليها عدة الوفاة ، بل تجب عليها عدة الطلاق ، وباعتبار أنها ورثت من مطلقها والميراث لا يكون إلا للزوجة اعتبر الزواج قائماً حكماً وقت الوفاة فتجب عليها عدة الوفاة ، فمراعاة للاعتبارين وجب عليها عدة الطلاق والوفاة ، وتتداخل المدتان لأن أقلها داخل في أطولها .

وذهب أبو يوسف والمظفرية إلى أنها تمتد عدة الطلاق فقط ، لأن الزواج قد انقطع بالطلاق البائن فلم تكن زوجة حين الوفاة ، واعتبار الزوجية قائمة وقت الوفاة في حق الميراث فقط لقيام الدليل على ثبوته على خلاف القواعد ، وهو معاملة الزوج بنقيض مقصودة فيقتصر على موضعه دون أن يتمدى إلى العدة .

وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق المائة فالمادة ١٤٧ تنص على أنه : « إذا توفى زوج الممتدة بالطلاق الرجعي تسقط عدة الطلاق ويلازم الاعتداد بعدة الوفاة من جديد ، ولا تلازم في الطلاق البائن بل تكمل عدة الطلاق ، فيكون المعمول به في لبنان لا تحول في العدة للطلاق البائن .

وما يلحق بصور تحول العدة صورتان معروفتان عند الفقهاء بممتدة الحيض وممتدة الطهر ، فالأولى : من وجبت عليها العدة بالقراءة لأنها من ذوات الحيض إذا استمر زوال الدم عليها دون انقطاع وأصبحت بحالة لا تستطيع تمييز أيام طهرها من أيام حيضها ولم تكن لها عادة معروفة ، أو كانت لها عادة ونسيتها وتسمى أيضاً (بالمتحيرة) . فهذه المرأة لو كانت منتظمة الحيض لا عتدت بثلاث حيضات ، ولكن استمرار زوال الدم عليها وجعلها بعادتها تحيرت لا تدري أي أيامها تكون حيضاً وأيها تكون بمثابة الطهر فحيرت الفقهاء معها .

وللحنفية فيها رأيان :

أولها : أنها تمتد بسبعة أشهر من وقت حصول الفقرة بينها وبين زوجها باحتساب شهر ثلاث حيضات باعتبار أن أقصى مدة الحيض عشرة أيام ، واحتساب ستة أشهر لثلاثة أطهار لكل طهر شهران أي أربعة أمثال أقل مدة للطهر وهي خمسة عشر يوماً للاحتياط ، وليس على هذا دليل مقبول رغم أنه المقتضى به في المذهب .

وثانيهما : أنها تمتد بثلاثة أشهر بناء على أن الفسالب والكثير في النساء وقوع الحيض مرة كل شهر . وهذا الرأي أقرب إلى القبول من سابقه .

والجعفرية ينهبون إلى أنها إذا نسيت عاقبتها وكان لأقربائها أو أقرانها عادة في ذلك معروفة اعتدت بمثلها ، فإن كانت غير معروفة أو مختلفة تحولت عدتها إلى ثلاثة أشهر .

والثانية : وهي ممتدة الطهر ، ويسمى الجعفرية بالمساربة وهي المرأة التي رأت الحيض ولو مرة واحدة لمدة ثلاثة أيام وهي أقل مدة الحيض ، ثم انقطع عنها واستمر طهرها بعد ذلك ، فإذا حصلت الفقرة بينها وبين زوجها بطلاق أو فسخ فلا تنقضي عدتها إلا بثلاث حيضات ، لأنها لما حاضت صارت من ذوات الحيض فلا تمتد بغيره لاحتمال أن يعاودها مرة أخرى ، فإن جاءها الحيض اعتدت به وإلا انتظرت حتى تبلغ سن اليأس فتمتد بثلاثة أشهر .

هذا هو مذهب الحنفية الذي كانت المحاكم المصرية تسير عليه ، وهو كما جرى يفتح الباب أمام المرأة المطلقة ويعد لها من الزمن ما تشاء تطلب فيه النفقة لعدتها من طلقها ما لم تقرر بانتقاضها لأن الحيض لا يعلم إلا من جهتها ، وفي وقائع كثيرة تعمدت المطلقة إنكار الحيض تطويلاً للمدة لتأخذ نفقة بدون وجه حق الأمر الذي جعل المشرع يبحث عن حل لتلك المشكلة ، فجاء العلاج في أول تقنين في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ حيث عاجلت مادته الثالثة ذلك بالعدول عن

مذهب الحنفية والأخذ بمذهب المالكية^(١) وعند التطبيق ظهر أن هذا الحل لم يعالج المشكلة من أساسها، وكل ما فعله أنه خفف المدة فقط لأن المرأة تستطيع في ظل هذا المذهب أن تدعي عدم انقضاء عدتها وتأخذ نفقة مدة ثلاث سنوات إن لم تكن مرضعاً أو خمس سنوات إذا كانت مرضعاً .

فكان لا بد من إعادة النظر من جديد فجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يقرر في المادة ١٧ على أنه : « لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » ، وحدد السنة بـ ٣٦٥ يوماً ، وبينت المذكرة التفسيرية لهذا القانون أن هذا مبني على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعي أن أقصى مدة الحمل سنة ، وعلى أن لولي الأمر أن يمنع القضاة عن سماع الدعاوي التي شاع فيها التزوير والاحتيال .

(١) وهو ينص على أن المرأة إذا انقطع حيضها بأي سبب من مرض أو غيره فاتها تنتظر تسعة أشهر من الطلاق للتحقق من براءة الرحم وخلوه من الحمل لأنها مدة الحمل غالباً ، فإذا انقضت هذه الأشهر ولم يظهر بها حمل اعتدت بثلاثة أشهر كالأيسة من الحيض ، فإن مضت هذه المدة دون أن ترى الحيض فيها انقضت عدتها وحلت للأزواج ، فإذا جاءها الحيض في أثناء تلك السنة ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو قام سنة بيضاء لا حيض فيها ، فإن تمت السنة ولم تر الحيض انقضت عدتها ، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو قام سنة بيضاء فتكون المدة ثلاث سنوات وهي أطول عدة .

وإن انقطع حيضها بسبب الرضاع فإن عدتها تنقضي بمضي سنة بيضاء بعد انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان ، فإن جاءها الحيض في هذه السنة ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو قام سنة بيضاء ، فإن تمت ولم تر الحيض انقضت عدتها ، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخرها انتظرت الحيضة الثالثة أو قام سنة بيضاء ، فإن حاضت الثالثة أو مضت السنة البيضاء انتهت عدتها « الفرح الكبير بجاشية الدرقي ج ٢ ص ٤٧٠ .

وفي الرمطاً يشرح الباجي ج ٤ ص ١٠٨ إن دليلهم على ذلك ما أقر عن عمر أنه أفتى في المرأة تكون من ذوات الأقراء وتطلق فيرتفع حيضها : بأن ترضع تسعة أشهر فإن ظهر بها حمل ولا اعتدت بثلاثة أشهر بعد التسعة « ولأن المقصود من العدة معرفة براءة الرحم وخلوه من الحمل ومدة اللدة كافية في ذلك فيكتفى بها .

وهذا القانون عالج موضوع نفقة العدة فقط لأنه موضع الشكوى ، ولم يعرض لانتهاه العدة أو بقاءها ولا لحل تزوجها برجل آخر أو عدم حلها ، لأنها أمور موكولة لدين المرأة وهي خاصة بها لا ضرر فيها على المطلق ، فعندما تعترف بانقضاء عدتها تحل للأزواج وهي مصدقة في ذلك إن كانت المدة تحتل ثلاث حيضات ، وأقل مدة تصدق فيها على ما هو الملقى به في مذهب الحنفية ستون يوماً وقد سبق توجيهه .

وقانون حقوق العائلة : يصرح بأن هذه المرأة التي امتد طهرها إن كانت بلغت سن اليأس اعتدت بثلاثة أشهر من تاريخ بلوغها تلك السن ، وإن لم تكن تكن بلغت اعتدت بتسعة أشهر اعتباراً من وقت لزوم العدة أي وقت الطلاق أو الفسخ . جاء ذلك في المادة ١٤٠ ونصها :

« إذا لم تمر المعتدة الحيض أصلاً خلال المدة المذكورة (يقصد الثلاثة الأشهر المذكورة في المادة قبلها) أو رأت حيضة أو حيضتين ثم انقطع الحيض فإن كانت بلغت سن اليأس فتعد بثلاثة أشهر من تاريخ حصولها ، وإن لم تكن بلغت فتعد بتسعة أشهر اعتباراً من زمن لزوم العدة » .

ولعل وجهة نظر واضعيه أن هذه المرأة لما انقطع حيضها وجد احتمال أنها حامل فتتظار مدة الحمل الغالبة وهي تسعة أشهر ، ولو كانت حاملاً لوضعته فيها ، وبمضيها نعلم براءة الرحم .

أما الجعفرية : فإن المرأة التي لم يستقم حيضها فتعد بثلاثة أشهر كما سبق ، فإن رأت الدم في هذه الأشهر الثلاثة مرة أو مرتين ثم احتبس لأي سبب إلى أن انقضت الأشهر الثلاثة انتظرت تمام الأقراء لأنها قد استراحت بالفصل غالباً فتتظار مدة الحمل وهي تسعة أشهر من حين الفقرة ، فإن تمت أقراؤها الثلاثة فيها أو وضعت حملاً انتهت عدتها ، وإن لم يوجد أحد الأمرين اعتدت بعد

التسعة بثلاثة أشهر إن لم تتم الأقراء قبلها ، فتكون عدة هذه المرأة سنة كاملة قالوا : وهذه أطول عدة ^(١) .

ولا شك أن هذا أيسر مما ذهب إليه الحنفية من أنها تنتظر إلى أن تبلغ سن اليأس ثم تعد بثلاثة أشهر . ويؤيده فتوى عمر التي استند إليها المالكية .

(١) يقول المالكي في اللمعة ج٦ ص ٥٩ بعد تفصيل هذا القول : والضابط أن العدة في غير الرافة إن مضى لها ثلاثة أقراء قبل ثلاثة أشهر انقضت عدتها بها ، وإن مضى عليها ثلاثة أشهر لم تر فيها حيضا انقضت عدتها بها ، وإن رأت الدم قبل انقضاءها ولم يلمح طهر فحسبها ما سبق من انتظار أقرب الأمرين من قام الأقراء ووضع الولد . فإن انتقيا اعتدت بعد تسعة أشهر بثلاثة أشهر إلا أن يتم لها ثلاثة أقراء في الثلاثة الأشهر الأخيرة بأن رأت الدم في الثلاثة الأولى التمس بالطلاق ثم تمت في الثلاثة الأخيرة اهـ .

هذا هو أشهر الرايين عند الجعفرية على اعتبار أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، وفي رأي آخر انفصلوا سنة ، وط هذا الرأي الأخير تنتظر تمام السنة فإن لم تتم فيها الأقراء أو لم تضع حمل اعتدت بعدها بثلاثة أشهر أخرى . يقول الشيخ محمد جواد مغنية في كتاب فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٣ بعد حكاية القولين السابقين إن الأول محمول على الغالب وأن أقصاه سنة هو الذي قام عليه الدليل وهو قول الإمام ،

انظر هذا ما جاء في نفس الكتاب ج ٦ ص ٣٠٤ قال صاحب المدائني : والأصل في هذا الحكم (رأي السائرة بالحمل) ، ما رواه الشيخ في التهذيب إن الإمام الصادق سئل عن رجل طلق امرأته طليقة ، ط طهر من غير جماع طلاق السنة وهي من حيض فمضى ثلاثة أشهر فلم يحض إلا حيضة واحدة ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أخرى ولم تدر ما رفع حيضها . قال : إذا كانت شابة مستقيمة الطمث ولم تطمث في ثلاثة أشهر إلا حيضة فإنها تتربص تسعة أشهر من يوم طلاقها ثم تعد بعدها بثلاثة أشهر . اهـ

الفصل الرابع

في مبدأ العدة وانتهائها

أما مبدأ العدة فيختلف باختلاف عقد الزواج السابق عليها ، فإن كانت
الفرقة بعد نكاح صحيح يموت للزوج ولو قبل الدخول أو بطلاق أو فسخ بعد
الدخول فابتداء العدة بمجرد وقوع الفرقة وإن لم تعلم بها المرأة ، فإذا وجد سبب
الفرقة ولم تعلم به المرأة إلا بعد مدة احتملت العدة من وقت حصول سببها
لا من وقت علم المرأة بها ، بل قد تنتهي العدة دون أن تعلم . وذلك لأن العدة
مدة حددها الشارع بعد حصول سببها فتوجد دون توقف على العلم بها .

فلو ادعت المرأة على زوجها بأنه طلقها في وقت سابق عينته ، فإما أن
يصدقها الزوج في دعواها أو ينكر ، فإن أنكرها وأقامت الزوجة البينة على
دعواها وحكم لها القاضي بصحة دعواها احتسبت العدة من الوقت الذي أثبتته
البينة لا من وقت الحكم ، وإن لم تقم بينة رقت دعواها .

وإن صدقها في دعواها وأقر بما ادعته أو أقر هو به ابتداء بدون دعوى منها

فإن المدة تحسب من الوقت الذي أسند الطلاق إليه لا من وقت الأقرار إذا لم يكن في إقراره أو تصديقه لها تهمة .

فإن كان في أحدهما تهمة احتسبت المدة من وقت الأقرار نفياً للتهمة .

ومن أمثلة ما فيه تهمة : أن يكون الزوج مريضاً مريضاً الموت، لأنه في هذه الحالة يحتمل أن يكون قد اتفق معها على ذلك لتبصير أجنبية بانتهاء عدتها قبل وفاته ليصل إلى غرض لا يمكنه الوصول إليه مع قيام الزوجية كأقراره لها بدين حال مرضه مثلاً .

ومنها أن يكون تصديقه لها في دعواها وهو صحيح ليستطيع التزوج بحرم لها لا يمكنه الجمع بينها في المدة .

أما إذا كانت الفرقة بعد الزواج الفاسد فإن المدة تبدأ من وقت متاركنه لها بأظهار عزمه على ترك قرانها أو وقت تفريق القاضي بينها أو وقت موته مباشرة .

وعدة الوطء بشبهة تبدأ من آخر مقاربة لها عند زوال الشبهة بمله أنها غير زوجته وأنها لا تحل له ، لأن سبب المدة هنا هو الوقاح بشبهة أنها زوجته حيث لا عقد هنا .

هذا هو مذهب الحنفية وهو المعمول به في مصر .

أما قانون حقوق المائلة فنص في المادة ١٤٥ على أن : « مبدأ المدة في المواد السابقة من وقوع الطلاق أو الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تطلع الزوجة على ذلك » .

أما الجمفرية : فتبدأ المدة عندهم بعد الطلاق أو الفسخ مباشرة في النكاح

الصحيح ، وكذلك بعد موت الزوج الحاضر مباشرة ولو لم تعلم المرأة بموته إلا بعد حين ، ويتصور ذلك بأن يموت الزوج في حادثة وتمضي أيام دون علمها بموته .

غير أنه لو علقت بطلاق الغائب ولم تعلم وقت إيقاعه اعتدت عند بلوغها خبر الطلاق .

وأما في حالة وفاة الزوج الغائب فتبدأ العدة من وقت بلوغ خبر الوفاة إليها لا من وقت الوفاة ^(١) ولو أخبرها غير المدل لكنها لا تتكبح غيره إلا مع الثبوت للموت شرعاً عند الحاكم أو بشهادة عدلين .

وتعتمد بعد الوطء بشبهة (وهو الوطء الذي يعذر فيه صاحبه ولا يجب عليه الحد به) من حين الوطء الأخير يستوي في ذلك المسبوق بمقد وغير المسبوق به ، لأن الشبهة عندهم على قسمين . شبهة المقدم مع الوطء ، وشبهة الوطء من غير عقد ، ومعنى الأولى أن يجري عقد زواجه على امرأة ثم يتبين فساد العقد ^(٢) .

(١) قالوا في الفرق بين طلاق الغائب وموته . بأن عدة الأول من وقت الوقوع ، والثاني من وقت العلم : إنه في عدة الوفاة يلزمها الحداد ولا يتم إلا بعد بلوغها الخبر بموته « الروضة البهية شرح الفلمة ج ٦ ص ٦٣ »

وفي هذا الفرق نظر : لأن الحداد لازم للتوفي عنها زوجها مطلقاً يستري في ذلك موت الحاضر والغائب وقد قلتم في موت الحاضر تبتديء العدة من وقت الموت وإن تأخر علمها وكان مقتضى ذلك التسوية في الحكم بين موت الحاضر والغائب .

(٢) جاء في كتاب فقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٣٠٣ : إن الشبهة على قسمين . شبهة المقدم مع الوطء . وشبهة الوطء من غير عقد ومعنى الأول . أنه يجري عقد زواجه على امرأة ثم

ولو أقر الزوج بطلاقها في زمن مضى فإن أقام بينة كانت العدة مسن الوقت الذي عينه ، وإن لم يقم بينة فبطل إقراره في حق نفسه ، وأما في حقها فثبتت من وقت الأقرار ، فتبتديء عدتها من وقت الأقرار بشرط أن يكون الوقت الذي أضاف إليه الطلاق يملك فيه الطلاق .

انتهاء العدة :

تنتهي العدة إذا كانت بالأشهر بغروب شمس آخر يوم منها .

وإذا كانت بالقروء فعند من يفسرها بالحيض تنتهي بانقطاع دم الحيضة الثالثة إن انقطع لأكثر مدة الحيض وهي عشرة أيام ، فإن انقطع قبل عشرة أيام فلا تنتهي العدة إلا إذا ظهرت من الحيض إما بالاغتسال أو التيمم سواء صلت أو صارت الصلاة ديناً في ذمتها .

وإذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيضات لا تصدق إلا إذا كانت المدة تحتل ذلك ، وأقلها عند أبي حنيفة ستون يوماً ، وعند الأصابعين تسعة وثلاثون يوماً كما قدمناه (١) .

وأما من يفسر القروء بالأطهار ومنهم الجعفرية الذين يعتبرون الطهر الذي وقع فيه الطلاق أحدها فإنها تنتهي عندهم برؤية الدم من الحيضة الثالثة بعد الفرقة ، وأقل مدة تصدق فيها المرأة التي ادعت انتهاء عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان مع ملاحظة أن اللحظة الأولى من العدة والثانية ليست منها ، وهي

== يتبين فساد المقد لاسب من الأسباب الموجبة لفساد ، ومعنى الثاني أن يقع ط امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد بل يقاربها معتقداً أنها تحل له ثم يتبين العكس ، ويدخل في ذلك وطء المجنون والسكران والنائم لأجنبية .

(١) في بحث الرجعة ص ١٠٠ من هذا الكتاب .

رؤية الدم من الحيضة الثالثة ، بل هي أماره على الخروج من المدة .

وإن كانت المدة بوضع الحمل فتنتهي إذا كان الحمل واحداً بنزوله كله عند الجمعرة ، وبنزول أكثره عند الحنفية سواء نزل حياً أو ميتاً ، وإن كانت الحمل أكثر من واحد فلا تنتهي المدة إلا بنزول آخر التوائم ، لأن الحمل اسم لجميع ما في البطن باتفاق الحنفية والجمعرة .

وفي ختام هذا الفصل نذكر مسألتين يكثر وقوعها .

الأولى : ما إذا تزوج الرجل مطلقة في عدتها ثم طلقها . وفيها التفصيل الآتي :

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعيّاً وهو لا يكون إلا بعد الدخول ، ثم راجعها في عدتها ، ثم طلقها ثانياً بعد المراجعة وجب عليها استئناف عدة لهذا الطلاق الثاني سواء دخل بها بعد المراجعة أو لم يدخل بها باتفاق الحنفية والجمعرة ، لأن المدة الأولى انتهت بالرجعة ^(١) وهي تعتبر مدخولاً بها .

وإذا طلقها بائناً مرة أو مرتين بعد الدخول بها ثم تزوجها في عدتها ودخل بها ثم طلقها وجب عليها استئناف عدة جديدة ولها كل المهر بالاتفاق بين المذهبين أيضاً ، وإن كان الجمعرة في أحد الرأيين عندهم أنها تكمل المدة الأولى أولاً ثم تستأنف الثانية ، وسيأتي ذلك في المسألة الثانية

أما إذا لم يدخل بها في الزواج الثاني وطلقها فاختلف فيها هل يجب عليها عدة جديدة أو تكمل الأولى فقط ، فأبو حنيفة وأبو يوسف والجمعرة في أصح الرأيين عندهم يذهبون إلى أن عليها عدة جديدة ولا تبني على الساقية ولها مهر كامل ، لأن هذه المرأة بالقدر عليها ثانياً عادت إلى ما كانت عليه أولاً وقد كانت

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٧ ص ٦٨ .

مدخولا بها ، فإذا طلقها بعد العقد الثاني كان طلاقا بعد الدخول حكما فيجب عليها عدة مستقلة ولها مهر كامل مستقل .

وذهب محمد بن الحسن إلى أنه لا تجب عليها عدة جديدة ، بل تكمل العدة الأولى التي عقد عليها فيها ، ويجب لها نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن مسمى لها مهرأ فيه ، لأنها مطلقة قبل الدخول حقيقة ، ويجب عليها إتمام العدة الأولى لأنها وجبت بعد الدخول ولم تسقط بالزواج الثاني فيلزم إتمامها . ومع وجاهة رأي محمد إلا أن الفتوى على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف ويمرر عليه العمل .

الثانية تداخل العدتين :

إذا وجب على المرأة عدة لسبب ثم وجب عليها عدة أخرى لسبب آخر فهل تتداخل العدتان بمعنى أنها تعدت للسبب الثاني عدة جديدة ويدخل فيها ما بقي من الأولى ؟

فمثلا إذا وجب على المرأة عدة من طلاق ثم وطئت بشبهة في أثناء عدتها ، أو وطئت المرأة بشبهة وفرق بينها ثم طلقها زوجها . فهل تعدت لكل سبب عدة فتكمل السابقة وتستأنف أخرى ؟

فالحنفية : يذهبون إلى تداخل العدتين بمعنى أنها تعدت عدة كاملة للسبب الثاني ويدخل فيها ما بقي من الأولى ، لأن المقصود الأصلي من شرعية العدة التعرف على براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب ، وعدة واحدة كاملة بعد وجود السببين كافية في ذلك يستوي في هذا أن تكون العدتان لرجل واحد كما إذا وطئ مطلقة بشبهة في عدتها منه بالطلاق ، أو لرجلين كما إذا كان الواطئ بشبهة غير المطلق وسواء كانت العدتان من جنس واحد أو من جنسين .

والجعفرية : في المشهور عندهم لا تتداخل العدتان بل تكمل الأولى ثم

تستأنف الثانية ، لأن الأصل تمدد المسبب لتمدد السبب ، وفي رأي الجماعة من كبار فقهاءهم أنها تتداخلان ويكتفي بعدة واحدة^(١) .

وبعضهم يفصل بين ما إذا كانت المدتان لرجل واحد فتدخل المدتان وبين ما إذا كانتا لرجلين فلا تدخل^(٢) .

ونحن نرى أن القول بالتداخل مطلقا أرجح لأن الغرض المقصود من المدة يتحقق به .

(١) فقه الإمام جعفر ج ٦ ص ٤١ ص ٤٢ .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٨ ومبارته : إذا طلقتا بقناقم وطئها يشبهه قيل يتداخل المدتان لأنها لواحد وهو حسن حاملا كانت أو حائلا .

الفصل الخامس

فوما يجب على الممتدة ويجب لها

يجب على الممتدة أمران :

أولها : البقاء في البيت الذي كانت تسكنه وقت الفرقة لا فرق بين ممتدة الطلاق وممتدة الوفاة عند الحنفية ، فلو كانت وقت الفرقة غير موجودة فيه وجب عليها أن تعود إليه فوراً ، لقوله تعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدنهن وأحصوا المدة وانتقوا الله ربكم ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » الطلاق - ١ .

فهذا نهي عن إخراجهن من بيوتهن وهو يقتضي تحريم خروجهن فيكون أمراً بضده وهو البقاء فيها وهو يفيد الوجوب .

فإذا كان الطلاق رجعياً فلا مانع من بقاءها مع الزوج في مسكن واحد ، لأن هذا الطلاق لا يحرمها على زوجها ، ووجودها كذلك ربما كان سبيلاً إلى مراجعتها .

وإن كان بائناً بقيت في هذا المسكن مع مطلقها لكن في حجرة غير حجرته

بشوط أن يكون ذا دين يأمن على نفسه من الوقوع في محرم معها ، فإن لم يتوفر هذا الشرط أو لم يكن في المسكن غير حجرة واحدة تركه لها وسكن في مكان قريب منه .

والحكمة في إلزامها بالاعتداد في بيت مطلقها هي تمكن الزوج من مراقبتها وصيانتها في عدتها حتى تنتهي ، وربما كان ذلك طريقاً إلى عودة الحياة الزوجية بينها مرة أخرى فالقرب يحمل الرجل على إعادة التفكير فيما حدث ، وقد ينتهي تفكيره إلى مراجعتها إن كان الطلاق رجسياً ، أو المقد عليها في العدة إن كان بائناً .

وأما المتوفى عنها زوجها فإن وجودها في هذا المسكن الذي عاشت مع زوجها فيه يذكرها به وحياتها معه فيحصلها ذلك على الوفاء له وتنفيذ ما أمرت به من التبرص وترك الزينة .

ولا يجوز للمعتدة أن تخرج من منزل العدة إلا لئذ يبيع لها الخروج كخوفها على نفسها ومالها أو إخراجها منه لعدم قدرتها على دفع أجرته أو عرضته للانهدام وما شاكل ذلك ، فإن خرجت منه لغير عذر كانت فاشرة فتسقط نفقتها إن كان لها نفقة أثناء العدة

وللمعتدة من وفاة أن تخرج لكسب نفقتها وقضاء حوائجها لأنه لا نفقة لها في عدتها وليس لها زوج يقوم بشئونها .

هذا هو الواجب تنفيذه شرعاً وهو ما يجري عليه العمل بالمحاكم ، ولكن الناس أحدثوا شيئاً جديداً بشأن سكنى المطلق ، فأهل الزوجة يأخذونها إلى حيث يسكنون بمجرد طلاقها لاستقبالهم بقضاء المطلق في مسكن مطلقها ، وشاع ذلك بينهم حتى أصبح عرفاً مقروراً ، ولعل ذلك يرجع إلى خروج الناس على أدب الإسلام ، فالأحسان الذي أمر به القرآن الأزواج عند المفارقة لم يبق

له موضع عندهم ، وأصبح الطلاق لا يقع إلا وسط المنازعات والمخاصمات مما
يتعذر معه بقاء المطلقة في مكان واحد مع مطلقها ، فأصبحت الضرورة قاضية
بإبعادها عن موطن الخصام والمنازعة ، ومن هذه الضرورة نقول : إنه يجوز في
هذا الزمن خروج المطلقة للاعتداد في بيت أهلها .

أما ما قيل : إن العرف هو الذي يقضي بذلك فلا نسلمه ، لأن هذا عرف
فاسد يخالف لصريح القرآن فلا يصلح أن يكون مستنداً لحكم من الأحكام .

أما الجمعية : فيذهبون إلى أن الممتدة من طلاق رجعي هي التي يجب عليها
الاعتداد في منزل الزوجية الذي طلقت فيه ، ولا يجوز لزوجها إخراجها منه
لصريح الآية وهي في الطلاق الرجعي ، كما لا يجوز لها أن تخرج منه إلا لضرورة ،
فإن خرجت بدونها كانت فاشرة فتسقط نفقتها ^(١) .

أما المطلقة طلاقاً بائناً فقد اتفقوا على أنها تمتد في أي مكان تشاء ، ولا يحق
للزوج أن يلزمها ببقائها في منزله لانقطاع العصمة بينها ، وانتفاء التوارث ،
وعدم استحقاقها النفقة عليه إلا إذا كانت حاملاً .

أما ممتدة الوفاة فلا يجب عليها الاعتداد في منزل الزوجية بل هو أمر
مستحب .

ثم قالوا : إن ممتدة الطلاق الرجعي والوفاة لا تخرج إلى مسكن آخر إلا
لعذر ، فإن وجد انتقلت ممتدة الوفاة إلى حيث تشاء ، وممتدة الطلاق
الرجعي تنتقل إلى مسكن آخر يختاره لها الزوج .

وثانيهما : الأعداء وهو ترك الزينة بأواعها طوال مدة العدة ، ولكنه غير
واجب على كل ممتدة .

(١) يقول صاحب اللغة العثمانية : ولا فرق في تحريم الخروج بين اتفائها عليه وعدمه على
الأقوى ، لأن ذلك من حق الله تعالى لقوله : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن » بخلاف
زمن الزوجية فإن الحق لها ، واستقر في التجزير جوازها فإنه وهو بعيد .

فالمعتدة من طلاق رجعي لا إحداد عليها بالاتفاق ، لأن زوجيتها قائمة بل يستحب لها الترتين لأنه قد يكون طريقاً إلى تجديد رغبة زوجها فيها فيراجعها .

أما المعتدة من وفاة فيجب عليها الأحداد باتفاق الفقهاء ومنهم الحنفية والجعفرية فيجب عليها ترك الترتين بليس جرى عرف الناس بأنه من ملابس الزينة ، ولا تنقييد فيه بلون خاص لأن العرف يختلف فيه من زمن لآخر ومن بلد لغيره ، وترك الحلي بكافة أشكاله ، والطيب والأدهان والكحل والحناء ، ولا تكتحل إلا للضرورة ، فإن كان يكفي في دفعها الاكتحال ليلاً اقتصرت عليه وإلا وقتت عند ما بدفها ، ولا فرق في ذلك بين الزوجة الكبيرة والصغيرة والحامل وغير الحامل ، أما ضرورات الحياة من الاستحمام والتنظيف وتسريح الشعر فليست بمنوعة منها .

وإنما وجب عليها ذلك لما ورد من الأحاديث . منها ما رواه أبو داود بسنده أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » ، ولأن في ترك الزينة قطعاً لأطماع الراغبين فيها حيث لا زوج يحميها ويمنع عنها هؤلاء ، ولأن الزواج نعمة عظيمة وقد فانت بوفاة زوج وفي حافط عليها إلى آخر لحظة في حياته ، وفوات النعم ووفاء الزوج يقتضيها ترك الترتين إظهاراً للأسف على ما فات ومقابلة الوفاء بالوفاء ، وفوق ذلك فهو أدب جميل تقره الفطرة السليمة ويحمده الناس .

والأحداد : لا يتخلو من حق للشارع فيه حيث أمر به ليحفظ المعتدة من طمع الظالمين ، ولذلك قرر الفقهاء أنه لا يستطيع أحد إسقاطه ، فلو أوصاهما زوجها قبل وفاته بعدم الحداد لم يكن لها تركه .

أما المعتدة من طلاق بائن : فالحنفية ينهيون إلى أن عليها الأحداد ، لأن

من مقاصدة إظهار الحزن والأسى على فوات نعمة الزواج الذي كان يصونها
ويكتفيا مؤونة الحياة فأشبهت معتدة الوفاة .

وذهب جمهور الفقهاء ومعهم الجعفرية إلى أنه لا إحداد عليها ، لأنه وجب في
حالة الوفاة أسفا لفراق زوج وفي بعده لآخر لحظة من حياته ، فأقل ما
تكافئه به هو إظهار الحزن والأسف على فراقه ، أسفا المطلق فقد أساء إليها
وحرمها من نعمة الزواج فكيف نازمها بالحزن عليه ؟

وهذا كما ترى أرسج وأولى بالقبول من رأى الحنفية .

أما ما يجب لها فهو النفقة على اختلاف بين الفقهاء في بعض صورها .
واليك البيان .

اتفق الفقهاء على أن المعتدة بعد فرقة من زواج فاسد أو دخول بشبهة
لا تستحق نفقة سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأنها لا تستحق نفقة قبل
هذه التفرقة لعدم مشروعية ما بين الرجل والمرأة ولا يقران عليه فأولى أن
لا يجب لها بعد الافتراق ، لأن حال العدة معتبر بحال الزواج قبلها .

كما اتفقوا على أن المعتدة من طلاق رجعي تجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة
والطعام والكسوة والسكنى ، سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأن زوجيتها
قائمة حيث أن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الاستمتاع ولا حل الزوجية بشرط
عدم نشوزها قبل العدة وأثناءها .

واختلفوا بعد ذلك في المعتدة من وفاة أو طلاق بائن أو فسخ على آراء ^(١)

(١) وسبب الاختلاف ورود آيات فيها محرم كقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سمته »
وقوله جل شأنه : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » ، وقوله عز من قائل : « وإن
كن أولات حل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حلالن » ، واختلافهم في صحة حديث فاطمة بنت
قيس التي تقول فيه : « بت زوجي طلاق فلم يحمل لي رسول الله نفقة ولا سكنى » .

وتفصيلات تقتصر منها على مذهبي الحنفية والجمهورية . فنقول :

أما المعتدة من وفاة فلا تجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة عند الحنفية والجمهورية سواء كانت حاملاً أو غير حامل ، لأن مال الزوج المتوفى انتقل إلى ورثته فلا مال له حتى تجب فيه النفقة ، ولا سبيل إلى إيجائها على الورثة ، لأن العدة أفر من آثار عقد الزواج وهم لم يكونوا طرفاً فيه ، وآثار عقد الزواج لا ترجع إلى غير صاحبه ، كما أن هذه النفقة لم تصر ديناً بعد حتى تؤخذ من التركة .

وفي رواية عند الجمهورية أنها إذا كانت حاملاً ينقضي عليها من نصيب ولدها الذي في بطنها^(١) .

وقد نص قانون المائدة في المادة ١٥٢ على أن المتوفى عنها زوجها ليس لها نفقة مطلقاً حاملاً أو غير حامل .

أما المعتدة من طلاق بائن فتجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة عند الحنفية سواء كانت حاملاً أو غير حامل لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » وهو عام يشمل الزوجات والمطلقات رجعيّاً كان الطلاق أو بائناً ، وقوله في شأن المعتدات : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ، وقوله جل شأنه : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن » ، فكل هذه الآيات تدل على إبقاء المعتدة على ما كانت عليه قبل الطلاق .

ولأن النفقة وجبت للزوجة قبل الطلاق لكونها محبوسة لحق الزوج ، وهذا الاحتباس باق بعد الطلاق فتجب لها النفقة كما كانت قبله لوجود سبب الوجوب .

وأما قوله سبحانه : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » فقد نص على

(١) هامش المختصر للنفق ص ٢١٩ .

نفقة الممتدة الحامل ، لأن عدتها تكون غالباً أطول من غيرها فتجب لغيرها من باب أولى .

وأما حديث فاطمة بنت قيس النافى للنفقة والسكنى فقد رده عمر بقوله : « لا تترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا تدري أحفظت أم نسيت » .

وهذه المصقورة : إلى أن الممتدة من طلاق بائن أو خلع لا تجب لها النفقة إلا إذا كانت حاملاً لأنها بالطلاق البائن زالت زوجيتها التي كانت سبباً في وجوب نفقتها ، ولحديث فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى بعد أن بت زوجها طلاقاً .

أما وجوبها للحامل فللقوله تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملن » وهي عامة في المطلقات رجماً أو بائناً .

وأما الممتدة بسبب الفسخ لعقد الزواج : فالحنفية يوجبون لها النفقة بكل أنواعها إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوج سواء كان السبب مباحاً كخيار البلوغ أو الأفاقة ، أو بسبب محذور كفعله مع إحدى أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو لإثباته عن الإسلام أو رده ، وسواء حصلت الفرقة بغير قضاء القاضي أو بقضائه .

وكذلك إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوجة ليس محظوراً . كخيار البلوغ أو الأفاقة أو الفسخ بسبب نقصان مهرها عن مهر مثلها إذا زوجت نفسها بدون إذن وليها .

قالوا : لأن الفسخ يأخذ حكم الطلاق البائن في أكثر أحكامه وبخاصة ما يتعلق منها بالعدة .

أما إذا كان الفسخ بسبب محذور من جهتها كارتدادها عن الإسلام أو

امتناعها عنه بعد اسلام زوجها ولم تكن كتابية ، أو فعلها مع أحد أصول زوجها أو فروعه باختيارها ما يوجب حرمة المصاهرة فلا يجب لها غير السكنى فقط ، أما الطعام والكسوة فلا حق لها فيهما

أما سقوط هذين فلأن النفقة فيها معنى الصلة ، فإذا فعلت معصية توجب الفرقة فلا تستحق تلك الصلة ، بل تستحق العقوبة زجراً له ، وإنما اقتصر الأسقاط على نفقة الطعام والكسوة لأنها خالص حقها ، أما السكنى فالشارع حق فيها مع حقها ، وحق الشارع لا يسقط بمعصية من جهتها ، ولذلك قالوا لو أبرأت المرأة مطلقها عند الخلع من نفقة المدة سقط هذا الأبراء الطعام والكسوة فقط ، ولو خالته على أن لا نفقة لها ولا سكنى سقطت النفقة دون السكنى ، لأن نفقة الطعام والكسوة حق خالص لها تملك أسقاطهما ، أما السكنى فلا تملك إسقاطها لوجود حق للشارع فيها .

أما الجعفرية فمع أنهم يعملون الفسخ كالطلاق البائن في أحكام المدة لم يعملوا للمدة بسبب الفسخ حقاً في النفقة ، وعملوا ذلك ^(١) بانقطاع العصمة بينها وبين الزوج حتى ولو كانت حاملاً ، لأن الممتدة من البائن وجبت لها النفقة إذا كانت حاملاً بالدليل وهو الآية : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن » ولا دليل في الفسخ ، والأصل العدم .

وقد عرفنا فيما سبق ^(٢) أن الاتصال المحرم بين الزوجة وأحد أصول الزوج أو فروعه إذا طرأ بعد الزواج لا يوجب فسخه ، ومن ثم لا عدة عليها فلا تسقط نفقة الزوجية بهذا الفعل .

أما قانون حقوق المائدة فقد نص على أن نفقة الممتدة على زوجها في المادة

(١) فقه الإمام جعفر ج ٦ ص ٤٦ .

(٢) وراجع هامش ص ١٧٤ من هذا الكتاب .

- ١٥٠ - كما نص في المادة - ١٥١ - على أنه لا تلزم نفقة المدة للمرأة المطلقة إذا كانت ناشزة .

فالمادة الأولى توجب النفقة للمتدة ، وهي بمبارتها العامة تشمل كل معتدة ، ولا يخرج منها إلا المتوفى عنها زوجها ، لأن المادة - ١٥٢ - استثنتها من وجوب النفقة لها .

ومقتضى هذا المصوم شمولها للمتدة من الطلاق بنوعيه ، والمعتدة من الفسخ ، لكن يبقى التقييد للمتدة بالمطلقة في المادة الثانية - ١٥١ .

فهل يعتبر ذلك تقييداً للمتدة في المادة قبلها فتكون المادتان قاصرتين على بيان نفقة المعتدة من الطلاق ، وحينئذ تكون المعتدة من الفسخ مسكوتاً عنها فيرجع في حكمها إلى منذهب الحنفية ككل ما سكت عنه القانون ، أولاً يكون تقييداً فيبقى الأطلاق ليشمل المعتدة بسبب الفسخ ؟

احتمالان سببها القصور في صياغة القانون . فلو قال : لا تلزم نفقة المدة للمرأة الناشزة لما تعارض مع عموم المادة قبلها ، ولو كان يقصد قصر وجوب النفقة على معتدة الطلاق لقال : نفقة المعتدة من طلاق على زوجها ، ولو صاغ حكم المعتدة بالفسخ في مادة خاصة إيجاباً أو نفيًا لكان أسلم .

ويعد : فإذا وجبت النفقة للمعتدة في أي صورة من الصور تأخذ أحكام نفقة الزوجة من حيث التقدير ، وما يجب أن يراعى عند تقديرها ، وفي كونها تصير ديناً أو لا تصير ، وما يسقطها وما لا يسقطها . غير أن الممول به في مصر كما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو أنها تعتبر ديناً صحيحاً للمعتدة من تاريخ الطلاق أو الفسخ ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، ولا يتوقف كونها ديناً على الغضاء أو التراضي ، وأنها لا تستحق نفقة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الفسخ كما صرح به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

أما قانون حقوق المرأة فإنه ينص في المادة - ١٥٣ - على أنه : « إذا انقضت مدة العدة بدون تقدير نفقة لها قضاء أو رضاء تسقط النفقة » فهو في هذا يسير على المذهب الحنفي مع ملاحظة أنه يعتبر أقصى مدة للعدة تسعة أشهر في المادة - ١٤٠ - كما سبق .

كما نص على أن النفقة المقدرة المتراكمة لا تسقط بوفاة أحد الزوجين المادة - ١٥٤ .
وهذا ينتهي القسم الثاني من هذا الكتاب .



القسم الثالث

في حقوق الأولاد والأقارب
وهي النسب وما يترتب عليه من أحكام
وفيه خمسة أبواب

- الباب الأول : في النصب
- الباب الثاني : في الرضاع
- الباب الثالث : في الحضانة
- الباب الرابع : في الولاية
- الباب الخامس : في نفقة الأولاد والأقارب

« مقدمة »

قدمنا أن من أهم أغراض الزواج التوالد والنسل، لأن الإنسان بقطرته يميل إلى الولد، ويود أن يكون له أولاد يبادهم العطف والمحبة، ويمتز بهم ويستعين بهم على نوائب الزمان .

ومجيء الأولاد ليس مقصوداً لذاته، بل ليكونوا أعضاء صالحين في المجتمع ولن يكون ذلك إلا بتكوين أمر يتم بها بناء المجتمع، ولا تتحقق الأسرة إلا برابط متين يربط بين أفرادها ليعيشوا متحابين متعاطفين .

هذا الرابط يجعله الشارع النسب، وهو الحق الأول للولد يدفع به عن نفسه الذل والضياع، كما أنه حق لوالديه يحفظ به الأب ولده من أن ينسب لغيره، وتدفع به الأم عن نفسها العار والتهم .

ويأتي بعده حق الرضاع الذي يحفظه من الهلاك في مستهل حياته، لأنه الوسيلة الوحيدة لتفديته، وهو في هذه المرحلة وما بعدها يحتاج إلى من يرضع شئونه فكان له حق الحضانه ثم الولاية، وما أنه ينشأ ضعيفاً عاجزاً عن التكسب فيكون في حاجة إلى من ينفق عليه فكانت النفقة على الوالدين أولاً وعلى من يحمل محلها من الأقارب إن ثبت عجزها أو فارقا الحياة .

البَابُ الأوَّل

في التَّسْبِيبِ^(١)

وفيه فصول

(١) من مراجع هذا البحث سبل السلام شرح بلوغ الرام ج ٣ ، نيل الأوطار ج ٦ ،
فتح القدير ج ٣ ، البدائع ج ٦ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ، الأشباه والنظائر لابن
نجيم المصري ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ، شرائع الإسلام
ج ٢ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ، الأحكام الجعفرية ، الفقه للمشتبه ج ٥ ، المختصر النافع ،
المحل لابن حزم ج ١٠ ، زاد للماد ج ٤ ، للفتى لابن قدامة ج ٦ طبعة وشيد رضا ، شرح
السراجية وحاشيته .

أحكام الأمرة (٤٣)

- ٦٧٣ -

تجهيد : عني الشارع الحكيم بالنسب فنظمه وأرسى قواعده حفظاً له من الفساد والاضطراب، وجعله من النعم التي أمّن بها على عباده ، يقول جل شأنه : « وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً وكان ربك قديراً » الفرقان - ٥٤ .

كما جعل له سبباً واضحاً كريماً يتفق وكرامة بني آدم ، وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج وما ألحق به من ملك اليمين ، ولم يتركه لأهواء الناس ورغباتهم فيه الشخص لمن يحب ، وينعمه ممن لا يحب ، فأبطل طريقه غير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من التبنّي ومن إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة ، يقول جل شأنه : « وما جعل أديعاءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل » الأحزاب - ٤ .

ويقول رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللماهر الحجر » .

وشدد التكبير على الآباء الذين يحددون نسب أولادهم فيقول صلوات الله وسلامه عليه فيما رواه أبو داود والنسائي عن أبي هريرة : « أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه^(١) استحجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » لأن في هذا الإنكار تعريضاً للولد وأمه للذل والعار .

كما توعّد الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم بقوله : « من ادعى إلى غير

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١٩٣ ، ومعنى وهو ينظر إليه . أي يعلم أنه ولده .

أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجثة حرام عليه ، لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم .

وكذلك حنر النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من يعلمن أنه ليس منهم فيقول :

« أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته » (١) .

ولما كان محل النسب وهو الولد لا يميء إلا بعد غالبة جنسية بين رجل وامرأة وحمل المرأة نتيجة لتلك المخالطة ، ثم ولادة يميء بعدها ثبوت النسب الذي يكون حال قيام العلاقة الزوجية أو بعد افراقها بفسخ أو طلاق أو موت الرجل ، وهذا لا يكون إلا إذا ولدت في فترة معينة اقتضى ذلك بيان الأمور الآتية :

أقل مدة الحمل وأقصاها ، وأثبتات الولادة وتصيين المولود عند الاختلاف فيها ، والطرق التي يثبت بها النسب نعقد لها فصلين نتبعهما بفصل أخير في أحكام اللقيط .

(١) الراسع السابق وهو جزء الحديث السابق .

الفصل الأول

في بيان أقل مدة الحمل وأقصاها ، وأثبت الولادة

أقل مدة الحمل : اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حياً هي ستة أشهر استنبطوا ذلك من مجموع آيتين في كتاب الله هما قوله تعالى : « ووصينا الإنسان بالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » الأحقاف - ٢٥ .

وقوله جل شأنه : « ووصينا الإنسان بالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين » لقمان - ١٤ .

فقد قدرت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثين شهراً ، وقدرت الثانية للفصال أي الفطام عامين ، وبإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العلم الحبير .

وما يؤيد ذلك الاستنتاج ما روى أن رجلاً تزوج امرأة فجماعت بولد لسته أشهر من تاريخ الزواج ، فرفع أمرها إلى عثمان رضي الله عنه فهم بأقامة الحد عليها ، فقال له ابن عباس رضي الله عنهما : « إنها لو خاصمتكم بكتاب الله

لخصتكم ، أي غلبتكم قال تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » وقال : « وفصاله في عامين » ، فإذا ذهب لفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فمنع عثمان الحد عنها ، وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك ، وإذا اعتبرت هذه المدة في مرة الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات انتشرت أيضاً في إثبات النسب ، لأنه مما يحتاط في إثباته بحافظة على النسل وصيانة للعرض .

أما أقصى مدة الحمل^(١) : فقد اختلف الفقهاء في تحديدها اختلافاً كبيراً ، نشأ هذا الاختلاف عن عدم ورود نص يحددها في كتاب الله أو سنة رسول الله ﷺ وإنما اعتمد تحديدهم لها على ما جرت به العادة في ولادة النساء كما يرى البعض ، أو على أثر يروى عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كما يرى فريق آخر ، أو على إخبار بعض النسوة في وقائع نادرة كما يرى غير هؤلاء وهؤلاء .

ولو صح الأمر المروى عن عائشة عند كل الفقهاء لقالوا بمقتضاه ، لأنسه في التقديرات التي لا تعلم إلا بإخبار من رسول الله ﷺ ، وإليك بعض هذه الأقوال بترتيبها التصاعدي .

يرى للظاهرية - كما حكاه ابن حزم في المحلى - أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر بناء على الغالب والكثير ، وقال ابن حزم : أنه المروى عن عمر^(٢) .

وقال محمد بن عبد الحكم أحد فقهاء المالكية : إن أقصاها سنة قرية .

والجفرية لهم أقوال فقل تسعة أشهر ، وقل عشرة أشهر ، وقل سنة ،

(١) عني الفقهاء ببيان أقصى مدة الحمل لا لأجل ثبوت النسب حال قيام الزوجية حقيقة لأنه ثابت فيها على كل حال بعد أن يكون مضى ستة أشهر وإنما لأجل إثباته بعد الفقرة أو حالة غيبة الزوج .

(٢) للمحلى ج ١٠ ص ٣١٦ .

ثم اختلفوا في تحديدها ، أو أن ذلك يرجع إلى اختلاف عادات النساء فإن بعضهم قلد لتسعة أشهر ، وبعضهم لعشرة ، وقد يتفق نادراً بلوغ سنة ^(١) .

وذهب الحنفية إلى أن أقصاها سنتان إستناداً إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « لا تريد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عموه المفلز » تريد أن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفاترة يسيرة عبرت عنها بتحول ظل عموه المفلز .

ويذهب الشافعية إلى أن أقصاها أربع سنوات ، ووافقهم المالكية في القول المشهور عندهم . وفي القول الآخر إنها خمس سنوات ، وهناك من يزيد على ذلك .

ويقول ابن رشد في بداية المجتهد بعد حكاية هذه الأقوال : وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المتعاد ، والحكم يجب بالمتعاد لا بالتأخر .

وإذا عرفنا أن أكثر هذه الأقوال لا يستند إلى دليل قوي بل كان الباعث عليها هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره ، وعرفنا مع ذلك أن المسائل المتروكة بدون تقدير يرجع فيها إلى أهل الخبرة وأنه بعد تقدم الطب يكون المرجع في ذلك تقرير الأطباء ، وقد قدروا أن الولد لا يمكث في بطن أمه أكثر من سنة قدروها بـ ٣٦٥ يوماً ليشمل الحالات النادرة .

من أجل ذلك عدل المشرع في مصر عن الأخذ بمذهب أبي حنيفة الذي كان معمولاً به لما ترتب على العمل به تحايل بعض النسوة في وقائع كثيرة ترتب عليه مفاسد كثيرة ، وسيأتي قريباً بيان ذلك وما استقر عليه العمل .

(١) فقه الإمام جعفر جده ، اللغة النحوية جده ص ٤٣٢ .

إثبات الولادة بعد إنكارها :

إذا ادعت المرأة أنها ولدت هذا المولود فلما أن يصدقها الرجل في دعواها أو ينكرها ، فإن صدقها ثبت النسب إذا توفرت شروط بثبوته ، وإن لم يصدقها بأن أنكر دعواها كان على المرأة إثبات دعواها ، فبم تثبت هذه الدعوى ؟

هذا الإنكار إما أن يكون لأصل الولادة ، وإما أن يكون لنوع المولود بعد الاعتراف بأصل الولادة ، فإن كان الإنكار لأصل الولادة بأن يكون جوابه على دعواها : زوجتي أو مطلقة لم تلد شيئاً وهذا الذي تدعي ولادته لقيط ، وفي هذا الإنكار تختلف طرق الإثبات باختلاف حالات المرأة عند ادعائها ، لأنها قد تكون زوجة أو مطلقة رجعيّاً أو باتناً أو معتدة من وفاة ، وحال ظهور الحمل أو اعتراف الزوج به أولاً .

فقد تثبت الدعوى بقول المرأة نفسها ، وقد تثبت بشهادة امرأة مقبولة الشهادة سواء كانت هي القابلة أو غيرها ، وقد تحتاج إلى بينة كاملة رجلين أو رجل وامرأتين من المدول وهذا عند أبي حنيفة ^(١)

(١) تفصيل ملحق أبي حنيفة : إذا كان الحمل ظاهراً أو كان الزوج معقراً بوجوده أو رتبته بعد وفاته فلا تحتاج إلى إثبات بل يكفي قول المرأة نفسها ، لأن الحمل للغنى إلى الولادة ثابت بظهور أمولته أو الاعتراف به فيثبت ما يفرض إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة بها .

وإن لم يكن الحمل ظاهراً ولم يكن معقراً به فلا يكفي قول المرأة ، بل لا بد من بينة للإثبات ، ويكفي شهادة امرأة من أهل العدالة إذا كانت المرأة المدعية زوجة أو كانت معتدة من طلاق رجعي والدعوى بعد مضي سنتين أو أكثر من وقت الطلاق إذا لم تكن أنثرت إنقضاء المدة ، أما إذا كانت معتدة من طلاق باتن أو معتدة وفاة فلا بد من شهادة كاملة .

أما للعتدة من طلاق رجعي إذا ادعت الولادة قبل مضي سنتين ففيها رأيان . رأي يجعلها كالزوجة ، والآخر يجعلها كالمعتدة من طلاق باتن وهو أرجح لأن -

أما أصحابه أبو يوسف ومحمد : فقد ذهبا إلى أنها في جميع الحالات تثبت الولادة بشهادة امرأة من أهل المدالة . سواء كان الحمل ظاهراً أو لا اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أو لا ، لأن للفرض أن الرجل أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج إلى إثبات ، ويكفي فيها شهادة المرأة المقبولة الشهادة ، لأن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها الرجال ، فقد ثبت أن رسول الله ﷺ « أجاز شهادة القابضة » ، وروي عن الزهري أنه قال : « مضت السنة يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن » . وإذا كان الأطباء في هذا الزمن يقومون بعملية الولادة فيكفي شهادة الطبيب الذي يمشي الولادة أو أي رجل آخر شاهد الولادة إذا لم يكن تعمد النظر ، لأنه حينئذ يكون فاسقاً مردود الشهادة .

أما الجعفرية فيقولون : إذا اختلف الزوجان في الولادة فالقول قول الزوج مع يمينه ووجهتهم في ذلك : أن الزوج يتمسك بالأصل ، لأن الأصل عدم الولادة ، ويمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلو أقامتها قيل قولها ^(١) . أما إذا كان النزاع في تعيين المولود : كأن تقول هو ذكر ، وهو يقول لها إنه أنثى . فيكفي في إثبات نوعه شهادة امرأة من أهل المدالة أو شهادة للطبيب المولد سواء كان النزاع في حال قيام الزوجية حقيقة أو في العدة مطلقاً ، وهذا بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه ، لأن الولادة إذا ثبتت كان تعيين المولود سهلاً فلا يشترط فيه شهادة كاملة .

- ادعاهما الرضع قبل مضي سنتين اعتراف منها بانتقضاء عدتها فتكون كالمتبوتة ، وإنما احتج هنا إلى شهادة كاملة ، لأن الشهادة وإن كانت لإثبات الولادة إلا أنها ستترتب عليها ثبوت النسب من الزوج المطلق أو المتوفي ، وثبوت النسب يحتاج إلى حجة كاملة لأن المرأة بعد الولادة تكون مقرة بانتقضاء عدتها ، ولانتقاضها تصير أجنبية ، ودعوى النسب من الأجنبية تحتاج إلى بينة كاملة .

هذا ويشترط المالكية والشافعية في إثبات الولادة تعدد الشهود من النساء فالشافعية لا بد من أربع منهن ويكتفي المالكية بشهادة امرأتين .

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ ، واللمعة العنقية ج ٥ ص ٤٣٦ .

الفصل الثاني

في طرق إثبات النسب أو الأمور التي يثبت بها

وفيه مباحث

يثبت النسب بأحد أمور ثلاثة : الفراش ، والأقرار ، والبينة .

المبحث الأول

في الفراش

الفراش في الأصل ما يبسط للجوس أو النوم عليه ، ويكنى به عن المرأة التي يستمتع بها الرجل بقول جل شأنه : « وفرش مرفوعة » إنا أنشأناهن إنشاءً ، فجعلناهن أبقاراً ، عربياً أتراباً ، لأصحاب البعير ، الواقعة - ٣٤ - ٣٨ .

فكنى بالفراش عن النساء وهن الحور العين .

والمراد بالفراش هنا : الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد ، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين ، وهو لا يكون إلا بالزواج الصحيح وما أحق به ، فإذا ولدت للزوجة بعد زواجها - بشروط سيأتي بيانها -

ثبت نسبه من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بينة تقيمها الزوجة على ذلك لا رواء الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال :
« الولد للفراش وللماهر الحجر » يريد أن الولد لصاحب الفراش كما جاء في لفظ البخاري وهو الزوج ، وللماهر وهو الزاني الرجم عقوبة على جريمته إن كانت تستوجب الرجم ، أو الخيبة والحسرة ولا نسب له لو نازع فيه ^(١) .

والسبب في ثبوت النسب بالفراش دون توقف على إقرار أو بينة هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين ، ويحمل الزوجة غنصه بزوجه يستمتع بها وحده وليس لغيره أن يشاركه ذلك الاستمتاع ، بل ولا الاختلاء بها خلوة محرمة ، فإذا جاءت بولد فهو من زوجها ، واحتمال أنه من غيره احتمال مرفوض ، لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح حتى يثبت العكس .

شروط ثبوت النسب بالفراش :

وإذا كانت الشريعة جعلت الفراش طريقاً لأبواب النسب بمفرده ، لكن ذلك يتوقف على توفر شروط بعضها متفق عليه بين الفقهاء ، وبعضها يختلف فيه ، وإليك هذه الشروط .

١ - إمكان حمل الزوجة من زوجها . بأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل ، بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل ، فلو كان صغيراً دون ذلك لا تعتبر الزوجة فراشاً ، لأنه لا يتصور أن تحمل منه زوجته ، ومن ثم لا يثبت نسب ولد وضعت زوجته معها كانت المدة بين العقد والوضع ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء .

(٢) لكن المعنى الثاني أرجح ، لأنه ليس كل زان يرجم ، وجاء هذا من الرسول ط نبي الأسلوب العربي لأنهم يقولون لقي لم يزل خيراً بغية التراب أو له الحجر . راجع فيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٥ وما بعدها .

٢ - إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد ، وهو شرط عند الأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد) لأن العقد جعل المرأة فراشا باعتبار أنه يبيح هذا الاتصال الذي هو سبب حقيقي للعمل ، فلو انتفى إمكان التلاقي عادة وجاءت بولد بعد مضي ستة أشهر من حين العقد عليها لا يثبت نسبه منه .

وخالف الحنفية فلم يشترطوا ذلك فقالوا: إن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال ، فإذا وجد كفى ، لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد.

وقد فرعوا على ذلك أنه لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب بينها مسافة سنة فولدت لسنة أشهر من تاريخ العقد ثبت نسبه ، لاحتمال أن الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات .

وقد قيل في تبرير هذا المذهب : إنهم لم يخالفوا في اشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين ولكنهم اكتفوا بالإمكان العقلي - كما يقول الكيال بن الهمام ، وإن هذا الفرض - وهو تزوج المشرقي بالمغربية كان مانعا من الاتصال في زمنهم لبعده الشقة وصعوبة المواصلات ولكنه بعد اختراع الطيران الذي يقطع المسافات الطويلة في وقت قصير كما يقول بعض الكتابين في هذا العصر ، وفوق هذا وذاك إنه احتياط في المحافظة على الأولاد من الضياع .

وأنا أقول : مما قيل من ذلك فإنه لا يموغ العمل بهذا المذهب لأن الأمان العقلي شيء والواقع شيء آخر ، وليست المشكلة مشكلة صعوبة المواصلات وسهولتها ، والكرامة للأولياء - مع ثبوتها - ليست ثابتة لكل زوج مغترب بعيد عن زوجته ، والاحتياط يعمل به في الموضع الذي يمتنه .

فإذا تزوج شخص الآن بالمراسلة أو بالوكالة ولم ير زوجته إلا بعد سنة من حين العقد ثم وجدما تحمل بين ذراعيها طفلا وتقول له هذا ولدك . أقول له إنه ولدك لأن الاحتياط والمحافظة عليه من الضياع بقضيان عليك بذلك ؟

وماذا يكون الحال لو تزوج رجل وعاش مع زوجته فترة من الزمن أنجب فيها طفلًا ثم سافر في بعثة طالت مدتها إلى سنوات لم يرجع إلى مقر زوجته فيها ولم تنتقل هي إليه ثم عاد فوجد الطفل طفلين أو ثلاثة ١٢ الحق أحق أن يتبع ولا بد من اشتراط إمكان التلقي عادة على الأقل .

والجفرية : لم يكتفوا في ثبوت النسب بإمكان التلقي بل شرطوا الدخول الحقيقي ، فإذا اتفق لا يثبت النسب ، ويوافقهم في هذا ابن تيمية وتلميذه ابن القيم^(١) معطين ذلك بأن المرأة لا تكون فراشا إلا بافتراض زوجها لها وهو لا يتحقق إلا بالدخول ، وعلى ذلك لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لا يثبت نسبه ، ولو أتت به لستة أشهر من حين الدخول ثبت نسبه .

وأنت ترى معي : أن اشتراط حقيقة الدخول وهو لا يطلع عليه أحد غير الزوجين فيه عسر شديد فلاكتفاء بإمكان الدخول هو المقول^(٢) ، لأن أفر الخلاف لا يظهر إلا عند اختلاف الزوجين .

٣ - أن تلد الزوجة لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها عند الحنفية والأئمة الثلاثة ولكن مع إمكان التلقي ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر كما قدمنا ، ومن وقت المخالطة في الزواج الفاسد لأن المرأة لا تصير قراشا إلا بها فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا ، فيثبت نسبه ويحمل ذلك على أن المرأة حملت به منه قبل العقد الصحيح عليها بناء على عقد آخر صحيح أو فاسد أو مخالطة لها بشبهة حفاظا على الولد من الضياع وسترأ على الأعراس ، ويكون ثبوت النسب هنا بالأقرار لا بالفراش .

(١) راجع زاد المجد ج ٤ ص ١٦٦ . وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ ، وفقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٠ .

(٢) وفي هذا يقول الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٧ : إن معرفة الوطء الحق متمسرة فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب وهي يحتاط فيها ، واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط .

وعند الجعفرية تحتسب المدة من وقت الدخول لا من وقت العقد، فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه منه ، ولو ادعاه لا يلتفت إلا دعواه (١) .

٤ - أن تله لأقل من أقصى مدة الحمل - على الاختلاف السابق فيها - من وقت الفرقة بالطلاق البائن أو الموت ، فإذا جاءت به لستين فأكثر من حين الفرقة لا يثبت نسبه بالفراش السابق عند الحنفية ، لأنه تبين أنها حملت به بعد انتهاء الفراش يقيناً .

وإذا كان الطلاق رجعياً ثبت نسبه منه في أي وقت تجيء به ولو مضى سنتان فأكثر من وقت الطلاق ما لم تقرر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه ، ويحمل ذلك على أنه راجعها بعد الطلاق في عدتها التي قد يطول وقتها إذا امتد طهرها ويكون ثبوته بالفراش الذي استدامته الرجعة .

وعند الجعفرية لا يثبت نسبه إذا جاءت به لأكثر مدة الحمل بعد الطلاق أو الوفاة ، واتفقوا على أنها لا تزيد على سنة ثم اختلفوا في تحديدها . فقيل تسعة أشهر ، وقيل عشرة ، وقيل سنة فلو جاءت به لأكثر منها أو لغيره متعققة لا يثبت نسبه منه ، بل ولا يجوز إلحاقه به في هذه الحالة ولو ادعاه .

تلك هي شروط ثبوت النسب بالفراش ، فإذا تخلف منها شرط لا يثبت النسب منه إلا إذا ادعاه عند الحنفية ، ويكون ثبوته في هذه الحالة بالدعوة لا بالفراش ، وإذا توافرت ثبت النسب .

(١) جاء في فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٠ ، فإذا تخلف شرط لا ينسب إليه ، وإذا اعترف به فلا يلتفت إلى اعترافه ، ولو اختلفا في الدخول فنفاء وادعته فالقول قوله مع اليمين ، لأن الأصل عدم الدخول ، وإذا اختلفا في المدة أقلها أو أكثرها فالقول قولها ، ويلحق به الولد ، لأن كل ما أمكن أن يكون منه فهو ولده للمدعي لا يخرج منه إلا ما علم أنه ليس منه قطعا فيبقى المعلوم والمشكوك على حكم الفراش . وراجع أيضاً شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ وللملحة للمدعية ج ٥ .

ولا يملك نفية إلا بعد إجراء اللعان الشرعي إذا توفرت شروطه ، وهي
تتلخص فيما يلي :

١ - أن ينفي الولد عند الولادة أو في مدة التهنئة بالمولود عند أبي حنيفة ،
أو في مدة النفاس عند الصاحبين إذا كان حاضراً وقت الولادة ، أو وقت حضوره
أو وقت التهنئة إن كان غائباً عند أبي حنيفة ، وفي مقدار مدة النفاس عندهما .
٢ - ألا يكون الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة كقبوله للتهنئة أو سكوته
عندها ولم يرد .

٣ - أن يكون كل من الزوجين أهلاً لللعان عند ابتداء الحمل بالولد .

٤ - أن يكون الولد حياً عند الحكم بقطع النسب بعد إجراء اللعان والقضاء
بنفيه عنه ، فلو مات قبل القضاء بنفي نسبه لا ينتفى نسبه ، لأن النسب يتقرر
بالموت .

وإذا انتفى نسبه باللعان لا يجوز عند الحنفية أن يلحق بغيره لو ادعاه
لاحتمال أن يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه على ما بيناه من قبل .

ثبوت النسب في الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد لا يصير به المرأة فراشاً بالمعد بل بالدخول الحقيقي على المفق
به في المذهب الحنفي وهو قول محمد بن الحسن ، فإذا ولدت المتزوجة زواجاً
فاسداً لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي لا يثبت نسبه من الزوج إلا
إذا ادعاه ولم يصرح إنه من الزنا ، وإن جاءت به لسته أشهر فأكثر ثبت نسبه
بدون دعوة منه .

وإذا أتت به بعد التاركة لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة عند الحنفية ،
ولأقل من تسعة أشهر أو عشرة أو سنة على الخلاف عند الجعفرية ثبت نسبه .

وإذا ولدته لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه .

ويلاحظ هنا : أن الولد إذا ثبت نسبه بالزواج الفاسد لا ينتفي بنفيه ، لأن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا بالعمان ، ولا لمان إلا في الزواج الصحيح ، وبناء عليه يكون الفراش الثابت بالزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح . هكذا يقولون :

ثبوت النسب بالمخالطة يشبهه : هذه المخالطة لا تصير بها المرأة فراشاً ، بل يثبت بها شبهة الفراش فإذا ولدت بعد أن خالطها بشبهة لا يثبت نسبه بتلك الشبهة إلا إذا انصم إليها الدعوة ، وحينئذ يكون ثبوت النسب بالأقرار لا بالفراش .

وعند الجعفرية : إن الوطء بشبهة سواء سبقه عقد أو لا يلحق النسب بالوطء إذا توفرت الشروط التي يثبت بها النسب بالفراش بإشراط الدخول الحقيقي ، ومضى ستة أشهر ما بين الوطء والولادة ، ولا تزيد على أكثر مدة الحمل من حين المتاركة ، وإذا ثبت نسبه لا ينتفي بانتفائه^(١) كذهب الحنفية .

أما ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين فهو على التفصيل الآتي :

١ - المطلقة قبل الدخول : إذا ولدت ولداً لستة أشهر من وقت العقد ولأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه من زوجها لأمكان الحمل منه وقت الفراش عند الحنفية الذي يثبت عندهم بمجرد العقد كما قدمنا ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يثبت نسبه ، لأنه يدل على أنها حملت قبل أن تكون فراشاً لهذا الزوج ، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الطلاق

(١) قال الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٣ ، زاد صاحب اللمعة ج ٥ ص ٤٠ : شرطاً وإما في إلحاق ولد الشبهة بالوطء ألا يكون الزوج لهذه المرأة الموطوءة بشبهة حاضراً لأنه يلحق به باعتبار أنه صاحب الفراش الشرعي .

لا يثبت نسبه منه ، لاحتمال أنها حملت بعد الطلاق من غيره ، واحتمال أنها حملت قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا ، لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة عليها .

وقد عللوا ذلك : بأن القاعدة عندهم . أن كل امرأة لا تجب عليها العدة لا يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقيناً أنه منه بأن تأني به لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ، وكل امرأة تجب عليها العدة يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقيناً أنه ليس منه بأن تجيء به لأكثر مدة الحمل على ما سيأتي تفصيله في الممتدة في الصور لآتية .

أما الجعفرية فلا نسب عندهم في هذه الصورة لاشتراطهم الدخول في إثبات النسب بالفراش .

٢ - المطلقة بعد الدخول : ولها حالتان . إما أن تقر بانقضاء عدتها قبل الولادة أولاً . فإذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة يحتمل انقضاء العدة فيها ، ثم جاءت بولد لسته أشهر فأكثر من وقت الأقرار فلا يثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً ، لاحتمال أن يكون الحمل من غيره بعد العدة ، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الأقرار بانقضاء عدتها ثبت نسبه وتكون كاذبة في إقرارها لأنها وقت الأقرار كانت حاملاً بيقين .

وإذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً .

وإن جاءت به لسنتين فأكثر من وقت الطلاق ثبت نسبه إذا كان الطلاق رجعياً ، ويميل على أن زوجها خالطها أثناء العدة وتكون رجعة .

وإن كان الطلاق بائناً لا يثبت نسبه ، لأن الحمل كان بعد زوال الفراش إلا

إذا ادعاء ، فإنه يثبت نسبه بالدعوة لا بالفراش ، ويجعل هذا الادعاء على أنه خالطها بشبهة أثناء العدة .

أما الجعفرية فإن نسب ولد المطلقة رجماً أو بائناً يثبت من زوجها إن ولدته لأكثر مدة الحمل عندهم من وقت الفراش (١) ، ولو نفاه لاعتن ، وإن ولدته لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه ولا يحتاج إلى لعان لعدم الزوجية .

٣ - المتوفي عنها زوجها : إما أن تدعي الحمل أولاً .

فإن ادعت الحمل وجاءت بولد لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من زوجها لقيام الفراش حتى حملها ، وإن جاءت به لسنتين فأكثر لا يثبت نسبه للتيقن بأن علوقها به كان بعد الموت .

وإن لم تدع الحمل وأقرت بانقضاء عدتها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت انقضاء عدتها الذي زعمته ثبت نسبه لإمكان علوقها به قبل وفاته وظهور كذبها في دعوى انقضاء عدتها .

وإن جاءت به لسنة أشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها لا يثبت نسبه لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها بعد انقضاء عدتها .

وذهب الجعفرية إلى أن المتوفي عنها زوجها إذا جاءت بولد أقصى مدة الحمل على اختلافهم فيها من حين الوفاة ثبت نسبه من زوجها ، وإن جاءت به لأكثر منها لا يثبت نسبه ، ولو ادعاء الورثة لا تقبل دعوهم .

بهذا العرض للمذهب الحنفية لخص منه بالأمور الآتية ، أن أقصى مدة الحمل

(١) يقول الحنفى في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ : ولو طلقها فاعتدت ثم جاءت بولد ما بين الفراق إلى أقصى مدة الحمل لم ينه إذا لم توطأ به بعد ولا شبهة .

سكتان ، وأن النسب يثبت بالفراش السابق لولد المطلقة أو المتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سكتين من تاريخ الفرفة ، وأنه يكفي لثبوت النسب بالفراش مجرد العقد دون اشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين عادة مع ما قيل في تبريره ، وأن غياب الزوج عن زوجته غيبة محققة سواء كانت قبل الدخول بها أو بعد دخوله بها لا يمنع من إثبات نسب ما تلده من أولاد ما دامت الولادة جاءت في ظل العقد القائم بينها .

وقد كانت هذه الأمور باعثة على شكوى الناس من العمل به في المحاكم المصرية حيناً من الدهر بعد أن فتح أبواب التعاضل أمام طائفة من النسوة اللاتي لا خلاق لمن لأن مدة السنتين بعد الفرفة مجال لكي تأتي المرأة بولد غير شرعي وتنسبه لمطلقها أو لزوجها المتوفي لكي تحصل على ميراثه منه ، كما أن ثبوت النسب بمجرد العقد وإن لم يمكن التلاقي بين الزوجين عادة طريق لمثل ذلك ، فرأي المشرع المصري درءاً لهذه المفاصد المعدول عن مذهب الحنفية الذي لا يستند إلى دليل صحيح من كتاب الله أو سنة صحيحة فوق أنه لا يتفق مع الواقع ولا مع ما قرره أهل الخبرة من الأطباء من أن الحمل لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنة قدروها بـ ٣٦٥ يوماً ليشمل جميع الحالات النادرة .

عدل عنه وأخذ بما قرره الأطباء لقربه من قول محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكي ، وهو أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية ، مع اعتبار إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد وهو ما شرطه الأئمة الثلاثة ، واستناد إلى قاعدة شرعية تقول : إن لولي الأمر أن يمنع قضائه من سماع الدعاوى التي يكثر فيها التزوير والاحتيال .

جاء ذلك في المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج

عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من حين الطلاق أو الوفاة .

فهذه المادة بنيت على أمور كلها مخالفة لمذهب الحنفية . وهي امكان التلاقي بين الزوجين ، وأن أقصى مدة الحمل سنة ، وأنه لا فرق بين المطلقة رجعيًا والمطلقة بائنًا .

لكن يلاحظ أنها منعت سماع الدعوى فقط دون التعرض للنسب بإثبات أو نفي ، وقصرت ذلك على حالة إنكار للدعى عليه ، لأنها الحالة التي يظهر فيها التزوير والاحتيال .

ومفهوم ذلك أنه إذا أقر الزوج في حالات عدم التلاقي أو الفية أو الطلاق فإن النسب يثبت ، فإذا أنكر كونه منه في حالتي عدم التلاقي من حين العقد ، وحالة غيبته عنها مدة سنة من حين الفية إلى الولادة ، ورفعت الزوجة الدعوى لإثبات الدعوى وأنكر الزوج بناء على أنه تزوجها بالمراسة ولم يلتق بها أو أنه غاب عنها ، فالمحكمة تسمع الدعوى أولاً إلى أن يثبت الزوج بالدليل أنه لم يلتق بها أو أنه غاب عنها فترفض الدعوى ، ولا يكون لها الحق في طلب إجراء الملائعة بينها وبين زوجها ولا إقامة البينة على إثبات النسب ، ومثلها حالة الفية ، فإن عجز عن إثبات ما يدعيه سمعت المحكمة الدعوى وسارت فيها .

تعميمه : وينبغي هنا التنبيه على ما قدمناه عند الكلام على ما شرطه القانون في عقد الزواج في مصر ص ١٣٤ من هذا الكتاب .

إن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في المادة (٩٩) منع في حالة الإنكار من سماع دعوى الزوجية أو الأقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، كما منع من سماع مثل هذه الدعوى إذا

كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة . فهل ذلك يؤثر في دعوى النسب ؟

والجواب : أن هذا لا يؤثر في دعوى النسب ، فلقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون خاصاً بهذا الموضوع : وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوي النسب ، بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية .

المبحث الثاني

في الإقرار

كما يثبت النسب بالفراش ، وهو قاصر على إثبات نسب الأولاد ، لأنه يكون بين رجل وامرأة بينها علاقة حصل بينها اتصال جنسي مشروع ولو بوجه ، وولادة من المرأة في ظل هذه العلاقة أو آثارها بعد انقطاعها في العدة ، وهو في الواقع منشئ للنسب ، ولا يحتاج إلى إقرار .

كما يثبت بذلك يثبت بالأقرار ، ويسميه الفقهاء بشيوت النسب بالدعوة .

ومعنى الأقرار بالنسب : إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر .

وهذه القرابة تتنوع إلى نوعين :

١ - قرابة مباشرة : وهي الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالبنوة والأبوة والأمومة .

٢ - قرابة غير مباشرة . وهي قرابة الخواشي الذين يحممهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً لآخر كالأخوة والعمومة ، ومثلها قرابة الأصول والفروع بعد الدرجة الأولى كالأجداد والحفدة .

ومن هنا تنوع الإقرار بالنسب إلى نوعين :

الأول - إقرار الشخص بالنسب على نفسه وهو الإقرار بأصل النسب وهذا يكون بالولد الصلي إبناً أو بنتاً والوالدين المباشرين له . كأن يقول : هذا ابني أو أبي ، أو هذه ابنتي أو أُمِّي .

وفي هذا النوع إذا توفرت شروط صحة الإقرار يثبت النسب وأصبح المقر بنسبه إبناً أو بنتاً أو أباً أو أُمّاً ، ولا يجوز له الرجوع عن هذا الإقرار . وإنما كان هذا إقراراً بالنسب على نفس المقر لأن النسب فيه علاقة بينه وبين المقر له فقط وليس فيه تحميل النسب على غيرها ، وإذا ثبتت هذه القرابة تربت جميع الآثار عليها وتعدى هذه الآثار إلى جميع الأقارب والأرحام دون استثناء .

ويشترط لثبوت النسب به في حالة الإقرار بالبنوة الشروط الآتية :

١ - أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب ^(١) حتى يمكن إثبات بنوته للمقر ، فلو كان له نسب معروف لم يصح الإقرار ، لأن الشخص لا يكون له أبوان ، ونسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل القسح كما لا يقبل التحويل .

(١) مجهول النسب هو الشخص الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه ولا في البلد الذي وجد فيه إن وجد في بلد آخر .

ويلاحظ أن ولد المتلاعنين وإن حكم بنفي نسبه من الزوج الملاعن إلا أنه يعتبر في حكم ثابت النسب فلا ثبت نسبه بأقرار غير الملاعن لجواز أن يكذب الملاعن نفسه فيثبت نسبه منه ، ولأن في قبول هذا الأقرار تسجيلًا للفاحشة على المرأة .

٢ - أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر بأن تكون منها تحتسل ذلك ، فلو كانا في سنين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر لم يصح الأقرار ، لأن الواقع يكذبه في هذا الأقرار ^(١) .

٣ - أن يصدق المقر له المقر في هذا الأقرار إذا كان من أهل المصادقة ، وهو المميز عند الحنفية ، لأن الأقرار حجة قاصرة على المقر فلا يمتد إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير ، وهذا الأقرار يتضمن دعوى البنوة على المقر له ، ويترتب على هذا النسب حقوق لكل من المقر والمقر له على الآخر .

فإن كان المقر له غير مميز ثبت النسب ^(٢) دون حاجة إلى تصديق ، لأن غير المميز ليست له عبارة معتبرة ، ولأن هذا الأقرار - من ناحية أخرى - فيه منفعة أدبية لهذا الصغير بإثبات نسبه بعد أن كان مجهولاً ، ومنفعة مادية غالباً لحاجته إلى من يقوم بشؤنه والأفناق عليه ، ولو كان مميزاً لبادر إلى التصديق ما لم يمنعه مانع منه .

(١) وأقل فرق بين السنين يصدق الأقرار معه اثنتا عشرة سنة وستة أشهر ، لأن أقل سن تصدق فيه دعوى البلوغ هو اثنتا عشرة سنة بالنسبة للفتى .

(٢) يشترط في ثبوت النسب في هذه الحالة التي لا يشترط فيها المصادقة : أن لا ينزاع القر في الصغير المدعى بنوته منازع ، فإن تازعه مدع آخر حكم لصالح البينة منها فإن لم تكن لها بينة ينظر للمرجح فإن وجد حكم لصالحه وإن لم يوجد نسب لإيهما عند الحنفية في الحقوق المالية ، وعند الجعفرية : إن لم يكن لها بينة يفرع بينها ويحكم بنسبة لمن خرجت القرعة له .

وشروط الجعفرية التصديق من المقر له البالغ فقط ، أما الصغير ولو كان مميزا لا تشترط مصادقته .

وإذا كان ثبوت النسب بالأقرار يتوقف على تصديق المقر له ، فلو صدقه ثبت النسب ، ولو كذبه لا يثبت النسب بعد هذا التكذيب ، لكنه لا يبطل الأقرار بل يبطل قائما ما دام المقر له حيا لجواز أن يرجع عن تكذيبه ويصدقه فيثبت النسب ، لأن الأقرار بالنسب لا يبطل بالرد من المقر له بخلاف الأقرار بالحقوق المالية فإنه يبطل بالرد^(١) .

وفي حالة التكذيب لو أقام المقر السينة على دعواه ثبت النسب بالسينة لا بالأقرار .

٤ - ألا يصرح المقر بأن هذا ابنه من الزنا ، فإن صرح بذلك لا يثبت به النسب ، لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سببا للنسب الذي هو نعمة من نعم الله التي امتن بها على عباده يقول جل شأنه : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة » النحل - ٧٢ .

ويقول رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

ولأن المقر بالنسب لا يلزم ببيان السبب^(٢) في تلك البينة إذا لم يصرح به ، لأن الأصل حمل حال الناس على الصلاح حتى يثبت عكس ذلك ، ولأنه لو صرح بالسبب من زواج صحيح أو فاسد كان النسب ثابتا بالفراش بعد إثباته لا بالأقرار المجرد .

أما الجعفرية فقد اختلفوا في هذه المسألة (إذا قال المقر هذا ابني من الزنا) فمنهم من أثبت النسب به نظرا لأول الكلام (هذا ابني) ، ومنهم من نقاه

(١) الأشياء ولتظاير لابن نجيم المصري .

(٢) للملكية ينهون إلى وجوب بيان سبب النسب إذا كان ظاهرا الحال يكذبه كان يكون المقر عليها لا يستطيع إنجاب الأولاد أو يكون المقر له بالبينة لغيظ .

نظراً لآخر الكلام وهو قوله « من الزنا » .

ورجح بعضهم الأول لأنه أشبه بقوله : عليّ ألف من ثمن خر . حيث يحكم بالمال وإنهاء قوله من ثمن خر باتفاق فقهاءهم ^(١) .

وكا يقبل الأقرار من الرجل بالبنوة بالشروط السابقة كذلك يقبل من المرأة الأقرار بالبنوة بشروط ثلاثة . ألا يكون للولد أم معروفة ، وأن يولد مشبهاً لئلا ^(٢) ، وأن يصدقها الولد في هذا الأقرار إن كان مميزاً عند الحنفية ، وبالفاء عند الجعفرية .

ويقتصر النسب عليها إذا لم تكن زوجة ولا معتدة ، فإن كانت زوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد وادعت أن للولد ليس من هذا الزوج يثبت نسبه منها بإقرارها ، لأن هذا الأقرار إلزام لنفسها لا لغيرها وهي أهل للالتزام بالنسب كالرجل .

فإن لم تدع أنه من غير زوجها لا يثبت النسب من زوجها إلا إذا صدقها الزوج في ذلك الأقرار ، لأن إقرارها في هذه الحالة يتضمن تحميل النسب على غيرها وهو الزوج ، فإن صدقها أو أقامت البينة على أنه ولد على فراشه بشهادة القابضة أو امرأة أخرى من أهل العدالة ثبت النسب منها معاً .

وهذا يظهر الفرق بين إقرار المرأة ببنوة ولد من الزنا وإقرار الرجل بذلك . فيصح إقرار المرأة به إذا أثبتت ولادته له ^(٣) دون الرجل عند الحنفية بلا خلاف .

(١) فقه الإمام جعفر ع ص ١٣٥

(٢) وأقل فرق بين السنين تصدق المرأة معه في إقرارها تسع سنوات وستة أشهر لأن أقل سن تصدق فيه الفتاة في دعوى البيرغ تسع سنوات عند الحنفية .

(٣) لأن الأقرار بمجرد الولادة من الزنا لا يثبت النسب لأنه يل لا بد من الثبات ولادته له .

وعند الجعفرية على الخلاف ، لأن ولادته واقعة محسوسة لا يمكن إنكارها .

الأقرار بالأبوة أو الأمومة :

وكما يصح إقرار الرجل والمرأة ببنة الولد يصح إقرار الولد بأبوة شخص معين ، أو بأمومة امرأة معينة ، وتثبت الأبوة والأمومة إذا توفرت شروط ثلاثة .

١ - أن يكون المقر مجهول الأب أو الأم .

٢ - وأن يولد مثله لمثل المقر له منها .

٣ - وأن يصدقه المقر له مطلقاً ، لأنه لا يكون إلا كبيراً أو كبيرة .

ويزيد إقراره بالأبوة ألا يصرح بأنه أبوه من الزنا ، أما إذا صرح في إقراره بالأمومة بأنها أمت به من سفاح ، وفوتت الشروط الثلاثة السابقة ، وأثبت ولادته من الزنى ثبت نسبه منها .

وبما ينبغي ملاحظته هنا : أن المقر بالنسب إذا أنكر أنه أقر فأقام المستفيد من هذا الأقرار بينة على إقراره ثبت ذلك الأقرار بتلك البينة وثبت النسب بذلك الأقرار .

الثاني : وهو أقرار الشخص بالنسب على الغير ، ويكون بالأقرار بالنوع الثاني من القرابة ، ويسمى الأقرار بفرع النسب . كالأقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد .

فإذا قال : هذا أخي كان إقراراً بالنسب على أبيه ، لأن مضاه هذا ابن أبي ، وإذا قال : هذا عمي كان إقراراً بالنسب على جده ، لأن مضاه هذا ابن جدي وهكذا بقية القرابات .

وهذا الأقرار يتضمن أمرين .

١ - تحميل النسب على الغير .

٢ - استحقاق المقر له في مال المقر عليه بعد وفاته .

والأقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره فلا يكون له أثر فيما يتعلق بالغير فيرد إقراره بالنسب فلا يثبت به نسب المقر له على ذلك ، لأنه لا يملك أحد أن يلحق نسب شخص بآخر بمجرد دعواه حتى ولو صدقه المقر له في ذلك الأقرار ، لأنه متهم في هذا التصديق حيث يحرم إليه نفعا لا يوجد بدونه الأقرار .

ولا يثبت النسب إلا بأحد أمرين :

أولها : أن يصدق المقر عليه بالنسب ، ويكون هذا التصديق من النوع الأول من الأقرار ، وهو الأقرار على النفس ، ولا يكون لأقرار المقر هنا أثر في ثبوت النسب بل يعتبر تصديق المقر عليه إقراراً مبتدأ بالنسب ، لأنه لو أقر به ابتداء ثبت إذا توفرت شروطه .

ثانيها : إذا أقام المقر بينة على دعواه أو صدقه ورثة المقر عليه بعد وفاته ، لأن تصديقهم يعتبر بينة فيثبت للنسب بالبينه لا بالأقرار ، وهو النوع الثالث من مشتبات النسب .

وإذا لم يكن للأقرار على الغير أثر في ثبوت النسب جاز له الرجوع عنه بعد صدوره منه .

وإذا ثبت على إقراره قبل في حق نفسه فيعامل بمقتضى ذلك الأقرار في الحقوق المالية إذا توافرت بقية شروط صحة الأقرار من كون المقر له مجهول النسب ، وكونه مما يتصور أن يولد مثله لمثل المقر عليه ، وأن يصدق المقر له

المقر في هذا الأقرار . فلو كان المقر له عاجزا عن الكسب ولا مال له لزم المقر نفقته إن كان موسرا .

فإذا مات من يرثه المقر بالمقرية النسيبة وورث منه شاركه المقر له في نصيبه عند الحنفية والمالكية والحنابلة والجمهورية على اختلاف بينهم في مقدار المشاركة^(١) .

فالحنفية يقاسمه نصيبه ، والجمهورية في أصح القولين عندهم أنه يأخذ مقدار ما يستحقه من نصيبه ويسقط ما يستحقه من الآخرين ، لأن الأثر ثبت في حق المقر دون المتكسر فعلى المقر أن يدفع ما فضل من ميراثه لمن أقر له ويسقط حق المقر له في نصيب غير المقر .

فلو مات أبو المقر عن ولدين منها هذا المقر أخذ الابن غير المقر نصف التركة والنصف الثاني يقسم بالسوية بين المقر والمقر له بالأخوة عند الحنفية .

وعند الجمهورية يأخذ غير المقر نصف التركة والابن المقر الثلث ، ويعطى المقر له السدس^(٢) .

وإذا مات المقر بهذا النسب ولم يوجد له وارث بأي سبب من الأسباب استحق المقر له تركته كلها بطريق الميراث عند الحنفية ، لأنه لما بطل إقراره بهذا النسب بقي إقراره بالمال صحيحاً ، لأنه لا يعدوه إلى غيره إذا لم يكن له

(١) وثائقية يلحقون إلى أنه إن ثبت فيه ورث في مرتبة ، وإن لم يثبت لا يرث لا ينسب ولا ينفذ لأن إقرار المقر بالنسب باطل وهو أساس الأثر ، فإذا لم يثبت لا يثبت ما يترتب عليه ثم قلنا : إن هذا في الظاهر أي في القضاء ، وهل يلزمه جائزة قولان أصحهما لا يلزمه ويوافقهم الظاهرية في ذلك .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٣٩ ، وروايتهم المالكية والحنابلة في أصح الروايات .
المعنى لابن قدامة ج ٦ ص ٢٧٧ طبعة المنار .

وارث معروف ، ولذلك جملوه آخر مراتب الورثة فيستحق كل التركة إذا لم يكن له وارث أصلاً ، وبإقيها بعد فرض أحد الزوجين لأنهم لا يقولون بالرد على الزوجين (١) .

وقد كان العمل بمصر يجري على مذهب الحنفية في الميراث قبل صدور قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٣٣ ، فلما صدر ذلك القانون عدل عن مذهب الحنفية في بعض الأحكام ومنها هذا الحكم حيث لم يجعله وارثاً عملاً بمذهب المانعين لأثره ، وإنما جعله مستحقاً للتركة احتراماً لأرادة المقر ، وتحقيقاً لرغبته فيما تركه من مال لا وارث له حيث لا يلحق أحد الضرر من تنفيذ إرادته ، لأن هذا الأقرار يؤول في نهايته إلى كونه وصية بكل المال فيجب تنفيذها ، غير أنه ليس وصية خالصة بل له شبه بالميراث ، لأن صدوره منه بهذه الصورة يجعله أقرب شياً بالميراث منه بالوصية ، لذلك قدم على الوصية بما زاد على الثالث ، وشرط في المقر له ما يشترط في الوارث لاعتباره إرثاً عند بعض الفقهاء ، فيجب لثبوت هذا الاستحقاق توفر شروط الأثر وعدم وجود مانع من موافقه ، فلو قتل المقر قتلاً مانعاً من الأثر أو كان مخالفاً له في الدين لا يستحق شيئاً من التركة .

جاء ذلك في المادة - ٤١ - من هذا القانون ونصها : « إذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له كل التركة إذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره ، ويشترط في هذه الحالة أن يكون المقر له حياً وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتاً ، وألا يقوم به مانع من موانع الأثر » (٢) .

(١) شرح السراجية وحاشيته ص ٥٨ .

(٢) راجع كتابنا : أحكام الموارث بين الفقه والقانون ص ٢١٥ ص ٢١٦ .

الفرق بين الأقرار بالبنوة والتبني :

إن الأقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب ، فهو يمتد ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابناً له ثابت النسب منه وليس له نسب آخر يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش لا فرق بينها إلا في طريق الأثبات تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من النفقة والأرث وحرمة المصاهرة ، واحتمال أنه كاذب في الواقع لا يلتفت إليه ، لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه ، فالظاهر يصدق ، والله يتولى سرائره .

أما التبني فهو استلحاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقب ويصرح أنه يتخذه ولدا له مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة .

وهذا النوع هو الذي كان في الجاهلية ، وقد كانوا يجعلونه كالابن الحقيقي يأخذ أحكامه من النفقة والميراث وتحريم زوجته على متبنيه .

فلما جاء الإسلام أبطله وبين أنه مجرد دعوى لا أساس لها يقول الله تعالى :
« وما جعل أديعاءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، ادعواهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما » الأحزاب - ٤ ، ٥ .

ومع أن هذا التبني كذب وافتراء على الله والناس كما صرح القرآن بذلك يؤدي إلى مفاسد كثيرة .

منها : أنه يأتي بشخص أجنبي يعيش مع أجنبيات عنه لا تربطه بهم رابطة مشروعة ، فيطلع منهن على ما حرم الله الاطلاع عليه ويحرم عليه الزواج منهن مع أنهن محلات له .

ومنها : أنه يحمل الأقارب واجبات تترتب على ذلك فتجب نفقة ذلك المتبنى عليهم إن كان محتاجاً إليها ، ويشاركهم الميراث فيحرمهم من بعض ما يستحقونه منه .

وقد يستعمل وسيلة للحرمان منه . بأن يعمد الرجل صاحب المال فيتبنى أبناً ليرث ماله ويحرم منه أصعاب الحق في الميراث بشرع الله من أخوة وأخوات فيفرض بذلك بنور الشقاق والحقد بين الأسر ، ويفككها ويقطع حبل المودة بين أفرادها .

ولو لم يكن في التبني من هذه المفاصد إلا إحداها لكان خليقا بالأنباء والأهدار .

وإذا كان الشارع قد حرم التبني لما فيه من المفاصد وأغلق بابَه فلم يفلح باب الأُحسان بل فتحه على مصراعيه ، وجعل للشخص إذا وجد طفلاً بائساً محروماً من يقوم بشأنه ويتولاه برعايته أن يأخذه ليربيه وينفق عليه ليمسح بيسده الرحمة عن هذا الخلق آثار البؤس والفاقة ، كما لم ينعمه من أن يهبه بعض ماله أو يوصي له ببعضه إذا لم يبلغ الغاية من التربية دون أن يلحقه بالنسب إليه ، ودون أن يحور بقوله على حقوق أبنائه أو أقاربه .

المبحث الثالث

في البيئة

كما ثبتت النسب بالأقرار بشروطه السابقة يثبت النسب بالبيئة ، بل هي أقوى من الأقرار ، لأنها حجة متممة إلى الغير ، والأقرار حجة قاصرة تقتصر على المقر كما سبق .

ولذلك لو تعارض إقرار وبينة في دعوى النسب رجح جانب صاحب البينة .

فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجسـل وادعى نسبه ، وتوفرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الإقرار ، فلو جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر ، لأن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد فاحتمل المـبطلان بالبينة لأنها أقوى منه (١) .

والبينة التي يثبت بها النسب هنا هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

فإذا ادعى رجل : أن فلانا ابنه أو أبوه أو أخوه أو عمه أو جده أو ابن ابنه وأنكر المدعى عليه هذه الدعوى فأقام المدعى البينة (٢) على دعواه قبلت هذه الدعوى وثبت النسب وترتب كل الحقوق والأحكام التي تنبئ على هذا النسب بعد توافر الشروط المصححة لتلك الدعوى وقد قدمناها في الأقرار .

وعند الجعفرية لا تثبت دعوى النسب إلا بشهادة رجلين عدلين ، ولا تقبل

(١) البدائع ج ٦ ص ٢٥٤ .

(٢) إن الأصل في الشهادة أن تكون عن معاينة الشهود للشهود عليه أو سماعه به نفسه إن كان مسموعا ، لكن الحنفية أجازوا الشهادة بالسمع استحصانا وإن لم ير الشهود ما شهدوا عليه أو يسموه بأنفسهم إذا أخبرهم به من يتقون بهم ، ومن هذه الأمور النسب ، لأن هذه الأمور لا يطلع عليها كل الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على مر الزمان ، فإذا لم تجز الشهادة فيها بالسمع لتطلت الأحكام ، ولكن ما المراد بالسمع ؟ يرى أبو حنيفة أنه اشتهاه النسب بين الناس ويستفيض بينهم ، لأن مثل ذلك يوقع في القلب التصديق بما يسمع ، والصاحبان يكتفيان بالسمع من رجلين أو رجل وامرأتين من أجل الشهادة .

وقد مال بعض الفقهاء إلى اختيـلوا قولها . لأن القاضي يحكم بشهادة رجلين ولو لم ير الشهود به أو يسمعه بنفسه

وإذا عزل كان له أن يشهد بذلك بعد العزل وهذا مثله . فتح القدير ج ٦ ص ٢٠ وما يستلزمه .

شهادة النساء لا منفردات ولا منضجات إلى الرجال، كما تثبت بالاستفاضة . وهي أن يشتهر الإنسان عند جماعة يقع بينهم بأنه ابن فلان بحيث إذا سئل عنه منسوباً إليه دل عليه وأن يسجل اسمه بهذا السبب ^(١) .

ومما يلاحظ هنا : أن دعوى النسب تقبل مجردة في بعض الحالات ، ولا تقبل في بعضها إلا إذا كانت ضمن حق آخر على التفصيل الآتي .

فإذا كانت بأصل النسب وهو الأبوة والبنوة . فإن كانت حال حياة الأب أو الابن ممعت الدعوى مجردة بالنسب ، ويجري الأثبات على النسب قصداً ، وأولى أن يقبل ضمن حق آخر كالنفقة والميراث .

وإن كانت الدعوى بعد وفاة الأب أو الابن فلا تسمع الدعوى بالنسب استقلالاً ، لأنها دعوى على ميت وهو غائب ، والغائب لا يصح القضاء عليه قصداً ويصح تبعاً .

أما إذا كانت ضمن حق آخر كدعوى الميراث مثلاً ، فإنها تقبل لأثر النسب هنا ليس مقصوداً لذاته بل هو وسيلة لأثبات الحق المتنازع فيه ، والخصم هنا ليس هو الميت بل الورثة أو من يبدله التركة .

وإذا كانت الدعوى بما يتفرع على أصل النسب كالأخوة والعمومة مثلاً فلا تسمع الدعوى بالنسب على سبيل الاستقلال حياً كان المدعى عليه بالنسب أو ميتاً ، لأن هذه الدعوى فيها تحميل للنسب على الغير ، ولا يثبت النسب إلا إذا ثبت من الغير أولاً وهو الأب أو الجد فلا يكون النسب هنا مقصوداً بالذات للمدعي ، بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والأثر .

(١) فقه الإمام جعفر عليه السلام ص ٣٠٩ .

فإذا ادعى النسب مجرداً عن حق آخر كانت دعوى بحق غير مقصود له فلا تقبل . وإن كانت ضمن دعوى حق آخر لا يثبت إلا إذا ثبت النسب . كالتفقة أو الميراث كانت دعوى مقبولة سواء كان المدعى عليه حياً أو ميتاً لأن المقصود الأصلي هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، والخصم هنا من بيده التركة ، فيقتضي له بالحق الذي يدعيه ويثبت النسب ضمناً وتبعاً .

كما يلاحظ أيضاً : أن هذه الطرق الثلاثة ليست كلها في مرتبة واحدة ، بل إن الفرائش هو السبب الحقيقي للنسب لأنه المنشئ له ، أما الأقارار والبيئة فهما سببان ظاهريان يدل كل منهما على وجود السبب الحقيقي وهو الفرائش ، لأن الولد الشرعي لا يكون إلا ثمرة فرائش .

الفصل الثالث

في اللقيط وأحكامه

اللقيط : مولود حي نبذه أهله لسبب من الأسباب . كخوف الميلة أو الفرار من همة الزنا أو ما شاكل ذلك ، وتوسع فيه الجعفرية فقالوا : هو كل آدمي ضائع لا كافل له ولا يقدر على دفع الضرر عن نفسه صبياً كان أو مجنوناً .

حكم التقاطه : والتقاط اللقيط مندوب إليه شرعاً يشاب فاعله إذا وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو ترك ، فإن غلب على الظن هلاكه لو تركه كان التقاطه فرضاً عليه بحيث يأثم إذا لم يأخذه ، لأنه مخلوق ضعيف لم يقترف إثماً يستحق عليه الأمال ، وإنما الأثم على من طرحه أو تسبب في وجوده من طريق غير مشروع .

الأحقق به : وملتقطه أحق الناس بأمساكه وحفظه ، لأنه الذي تسبب في إحيائه ، وليس للحاكم ولا لغيره أن يأخذه منه جبراً عنه إلا إذا تبين أنه غير صالح للقيام برعايته .

وإذا التقطه أكثر من واحد وتنازعه فالأحق به أرجعهم بالاسلام أو

القدرة على حفظه وتربيته ، فإن تساوا وضعه القاضي عند أصلهم رعاية لشئونه في نظره .

والإسلام الذي حرم التبني 'عني بهذا اللقيط: فأوجب التقاطه وحرم إهماله وتضييعه ، واعتبره مسلماً حراً إذا وجد في دار الإسلام أو التقطه مسلم من أي مكان .

فإن التقطه ذمي في مكان خاص بهم كان على دين من التقطه عملاً بهذه القرائن التي ترجح ولادته لغير المسلمين ... والجمعوية يعتبرونه مسلماً على كل حال .

ومع اعتباره مسلماً إذا وجد في دار الإسلام لو ادعى ذمي أنه ابنه وأقام بيته على ذلك ثبت نسبه منه وكان على دينه إعمالاً للبينة ، لأن الأصل أن من يولد في دار الإسلام يكون مسلماً تبعاً للدار إلا إذا قام الدليل على خلافه .

أما إذا لم يقيم البينة وتوفرت شروط الأقرار بالنسب ثبت نسبه من ذلك الذمي وكان مسلماً تبعاً للدار ، لأن الأقرار حجة قاصرة كما قلنا فيعمل به في ثبوت النسب وتبقى التبعية للدار لا يمارضها شيء باتفاق الحنفية والجمعوية .

أهليته للملك : واللقيط أهل للملك لأنه حر ، فإذا وجد معه مال فهو ملك له ، لأنه صاحب اليد عليه ، وكان على الملتقط المحافظة على هذا المال ، ولا ينفق منه عليه شيئاً إلا بأذن القاضي صاحب الولاية عليه ، لأن الملتقط لا يملك من أمره إلا الحفظ والرعاية ، وما ينفقه عليه من ماله بغير الأذن يكون متبرعاً به إلا إذا أشهد حين الاتفاق أنه سيرجع به عليه .

وقال الجمعوية : إذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه مع إمكانه الاستمانة على الثقة بالحاكم أو بالمسلمين كان متبرعاً ، فإذا تعذر عليه الرجوع إلى الحاكم والاستمانة بالمسلمين وأنفق عليه من مال نفسه رجع على اللقيط بعد يساره إذا نوى عند الاتفاق الرجوع عليه .

وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه تبرعا فنفقته في بيت مال المسلمين ، ووجود في مصر قسم من موارد الدولة يطلق عليه اسم (بيت المال) يضم الأموال التي لا مالك لها والاركات التي لا وارث لها خصص للأنفاق منه على اللقطاء ، لأن اللقيط إذا مات ولم يعرف له وارث فتركته لبيت مال المسلمين ، فيكون في الأنفاق عليه من هذا القسم مقابلة للفرم بالنفم .

وإذا لم يكن للملتقط على اللقيط ولاية التصرف في المال الذي وجده معه إلا بإذن القاضي فإن له عليه ولاية المحافظة عليه وعلى هذا المال ، ويقبض عنه ما يوجب له أو يتصدق به أهل الخير عليه ، ويشاري له ما يلزمه من طعام وكسوة .

كما أن له ولاية تربيته وتعليمه بأن يدخله مدرسة ليتعلم فيها إن كان يقدر على ذلك وكان عند اللقيط رغبة في التعلم واستعداد له ، فإن لم يكن ذلك كان عليه أن يعلمه حرفة أو صناعة تكون سبيلا لتكسبه في المستقبل لئلا يثلا يكون عالة على المجتمع .

نسب اللقيط : إذا ادعى شخص بنوة اللقيط ثبت نسبه منه دون حاجة إلى بينة إذا توفرت شروط الأقرار السابقة . يستوي في ذلك ملتقطه وغيره ، ويصبح بعد ذلك إنثا حقيقيا له .

وإذا ادعى بنوته أكثر من واحد وكان منها الملتقط رجح الملتقط إلا إذا أقام غيره بينة على دعواه لأن البينة أقوى من الأقرار .

وإذا ادعاه اثنان ليس منها الملتقط رجح أمبقها دعوى إلا إذا أقام المتأخر السينة ، وإذا لم يسبق أحدهما الآخر رجح من أقام بينة .

فإن لم تكن لها بينة أو أقام كل منها بينة رجح من ذكر علامة مميزة فيه لأنه بذلك يكون قد سبقت يده إليه ، فإن تساويا ولا مرجح لأحدهما فمحافظة على

النسب من الضياع ينسب إلى كل منها وإن كان الواقع أنه ليس ابناً لها معاً ، ولكن معاملة لها بأقرارهما ، فيثبت له على كل منها الحقوق الواجبة على الآباء للأبناء من النفقة وغيرها ، وله حق الأثر من كل منها ميراث ابن كامل ، ولو مات اللقيط وورثا منه ميراث أب واحد يقسم بينهما بالسوية .

وذهب الجعفرية : إلى أنه عند تساويها يقرع بينها ^(١) ، فمن خرجت له القرعة ثبت نسبه منه .

وأذا ادعت المرأة ببنوة اللقيط : فإن كان لها زوج وصدقها أو شهدت القابلة بولادتها أو أقامت بينة على ذلك صحت دعواها وثبت نسبه منها .

وإن لم يكن لها زوج فلا يثبت نسبه منها إلا إذا أقامت بينة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة عند الحنفية .

والفرق بينها وبين الرجل حيث تقبل دعواه بدون بينة ولا تقبل دعواها إلا ببينة . أن في ثبوت النسب للرجل المدعي دفعا للعار عن اللقيط بانتسابه إلى أب معروف ، ولا يوجد ذلك في دعوى المرأة ، لأنه ينسب إليها من أتت به من طريق مشروع وغير مشروع ^(٢) .

والجعفرية يسوون بينها في ثبوت النسب فقالوا : إذا ادعت المرأة ولم

(١) وقريب من هذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة أنه لا يثبت نسبه من كل منهما ، وإنما يرجع في ذلك إلى العائف وهو الذي يعرف الشبه فيقول : إن هذا الولد يشبه هذا الرجل . وقولهم وقول الجعفرية أقرب إلى القبول من قول الحنفية الذين لم يأخذوا بالقرعة ولا بشهادة العائف واستندوا إلى ما أُرِج عن عمر رضي الله عنه أنه قال في مثل هذا : « إنه ابنتهما يرتبهما ويرثانه » البدائع ج ٦ ص ٢٠٠ .

(٢) ولذلك قلنا فيما سبق أنها لو ادعت أنه ابنها من سفاح صدقت في ذلك ونسب إليها إذا أثبتت ولادتها له بقول امرأة من أهل الشهادة ، ولا تقبل دعواه بذلك . .

يصدقها الزوج ولم تكن لها بيئة ألحق بها خاصة لاتحاد السبب وهو الأقرار ،
والأقرار من العاقل على نفسه مقبول لا فرق بين الرجل والمرأة في ذلك ^(١) .

هذا والذي يجري عليه العمل في جمهورية مصر العربية : أن الرجل الذي
يحد لقيطاً ولا يرغب في تربيته يسلمه إلى رجال الإدارة من الشرطة لتقوم
بالتحريات عنه ، فإذا لم تجد له أهلاً سلمته إلى بيت من بيوت اللقطاء لتقوم
برعايته وتربيته ، ومن أراد أن يأخذ لقيطاً ليتولى تربيته أجيب إلى طلبه متى
كان قادراً على ذلك مع أخذ التمهيد عليه بالقيام بواجباته دون أن يترتب على
ذلك وجود علاقة من العلاقات الموجودة بين الآباء والأبناء .

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٣٣ .

الباب الثاني

في الرضاع^(١)

وفيه فصلان

قدمنا الكلام عن الرضاع من ناحية كونه سبباً من أسباب تحريم الزواج .
ونتكلم عنه هنا باعتباره حقاً للطفل المنسوب لوالديه بمجرد ولادته بسبب
من أسباب ثبوت النسب السابقة .

(١) من مراجع هذا البحث . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ، بدائع الصنائع ج ٤ ،
تبين الحقائق الزيلعي ج ٣ ، فتح القدير ج ٣ ، البصر الرائق لابن نجيم ج ٣ ، رد المحتار على الدر
المختار لابن عابد ج ٢ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٤ وما بعدها ، الفحة الدمشقياً بشرحها ج ٥ ص ٧٥٢
وما بعدها ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٠ وما بعدها ، الأحكام الجعفرية .

الفصل الأول

في وجوب الرضاع للرضيع ، وعلى من يجب ؟

يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة يولدها ولا مولود له يولده ، وعلى الوارث مثل ذلك ، فإن أرادوا فصلا عن تراض منها وتشاور فلا جناح عليهما ، وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتكم بالمعروف ، واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير » البقرة - ٢٣٣ .

ويقول جل شأنه في شأن المطلقات : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » الطلاق ٦ .

في هاتين الآيتين وضع المولى سبحانه الأسس التي تقوم عليها أحكام الرضاع ، ومنهما استنبط الفقهاء أكثر أحكامه ، وفيها توزيع لمسئولية الرضاع بين الأب والأم ، فكل منهما يقوم بما يستطيعه دون مضارة لأحدهما ، فالأم بلبنها الذي أجراه الله في ثديها غذاء لطفلها وهو أنسب غذاء له في هذه الفترة بعد أن تغذى بدنها فترة الحمل ، والأب بالاتفاق عليها ليدر لبنها .

ثم رفع الجناح عن إرضاع الأجنبية إذا ما تعذر إرضاع الأم ، وقد كان هذا عرفاً شائعاً عند العرب قبل الإسلام يسرون عليه راضية به نفوسهم ، فلم يمرض له بالأغواء كما ألقي غيره من الأعراف بل أقره وفوضه لأرادة الآباء مع التصريح برفع الجناح عنهم في ذلك .

وتقتض الآية الأولى بحملة خيرية تحمل معنى الأمر « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فنظر الخبريتها تفيد أن الرضاع حق للأم لها أن تستوفيه ولها أن تتنازل عنه ، ونظر الأمر فيها تفيد أنه واجب عليها لا تستطيع تركه إلا إذا منعها من ذلك مانع كمرض ونحوه ، ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في وجوب الرضاع على الأم ، وفي هذا يقول القرطبي في تفسيره : « واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها واللفظ محتمل ... وبعد كلام يقول ميبنا مذهب إمامه مالك : ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم إذ قد صار كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فمرقها ألا ترضع وذلك كالشرط » .

وإن نظرة عامة في مذاهب الفقهاء يجدها متفقة على أنه واجب على الأم في بعض الحالات ، وغير واجب عليها في حالات أخرى مع اتفاق الجميع على أنه حق للأم لا يزاحمها غيرها في استيفائه إذا أرادت مسلم يكن في ذلك ضرر يلحق الرضيع أو الأب ، لأن الأم أقرب الناس إلى وليدها ينبض قلبها بالحنان والشفقة عليه فوق أن لبنها أفضل غذاء له مما عدها لأنه يلائم جسمه الذي تغذي به دماً وهو جنين في بطنها .

وإليك تلخيصاً لأراهم تتبعه بتفصيل المذهبي الحنفية والجعفرية .

اتفق الفقهاء على أن الرضاع واجب على الأم ديانة في جميع الحالات سواء كانت زوجيتها قائمة أو انتهت . بمعنى أنها مسؤولة أمام الله عن ذلك بحيث تأثم لو امتنعت عنه وهي قادرة عليه .

واختلفوا بعد ذلك في وجوبه عليها قضاء . أي أن التقاضى يجبرها عليه إذا امتنعت عنه بدون عذر .

فيري مالك في المجهور عنه : أنه واجب عليها قضاء إذا كانت زوجة أو ممتدة من طلاق رجعي كما هو واجب ديانة لظاهر الأمر وهو يفيد الوجوب قضاء وديانة إلا إذا كانت ذات تره لم يجبر عرف قومها بإرضاع نسائهم أولادهم لأن هذا كان في الجاهلية ولم يغيره الإسلام ، ولأنها تتضرر حينئذ بألزامها بالأرضاع إلا إذا تمكنت للأرضاع بأن كان الطفل لا يقبل إلا ثديا فانها تجبر عليه محافظة على الصغير من الهلاك وهو ضرر أكبر من تضررها بالأرضاع تجبر حتي ولو كانت مطلقة بانئا .

والشافعية والحنفية : يوجبون عليها أن ترضعه أول لبنها المسمى بالباء ، لأن الولد يقوى وتشتد بنيته به ، ولا يجب عليها أن ترضعه ما بعده يستوي في ذلك أن تكون زوجة أو أجنبية إلا إذا تمكنت بأن لم يوجد من يرضعه غيرها أو لم يقبل الطفل غير ثديا فيتمتع عليها الأرضاع .

أما الحنفية فيقولون : إنه يجب عليها ديانة لا قضاء ، فإن امتنعت عنه بدون عذر فلا تجبر قضاء عليه إلا في حالات ثلاث .

١ - إذا لم يكن للطفل ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعا ولم توجد متبرعة بإرضاعه .

٢ - إذا لم توجد من ترضعه غيرها بأجر أو بغير أجر وإن كان للأب أو الإبن مال .

٣ - إذا وجدت المرضعة ولكن الطفل لا يقبل غير ثدي أمه .

ففي هذه الحالات يتعين عليها الأرضاع وتجبر عليه قضاء حق لا يتعرض
الطفل للهلاك .

وفي غير تلك الحالات إذا قامت الأم بإرضاعه فيها ، وإن امتنعت عنه
بدون عذر ظاهر لا تجبر عليه لأن الرضاع حق للأُم كما حق للولد ، ولا يجبر
أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد ما يقتضي الإجبار عليه وهو المحافظة على
حياة الطفل كما هو الصور الثلاث السابقة .

ومن جهة أخرى إن أكثر الناس شفقة وحنانا على ولدها ، وهي لا تمتنع
عن إرضاعه إلا لعدم قدرتها عليه ، فاجبارها حينئذ يلحق الضرر بها ، لأنها
ستفعل ما لا قدرة لها عليه أو تتضرر به ، وقد نفى الله عنها الضرر بسبب ولدها
« لا تضار والدته ولدها » .

وفي هذه الحالة يجب على الأب أن يستأجر له مرضعا (١) تقوم بإرضاعه حفاظا
له من الهلاك .

فإن لم يقدّر الأب باستئجار المرضعة كان للأُم أن تطالبه بالقيام بذلك أو
بدفع أجرة الرضاع إليها لتقوم هي باستئجار المرضعة محافظة على الولد .

هل تسقط حضانة الأم بذلك ؟

وامتناع الأم عن الأرضاع لا يسقط حضانتها لأنها حقان منفصلان لا يانزم
من سقوط أحدهما سقوط الآخر ، وعلى الأب في هذه الحالة أن يتفق مع
المرضعة على القيام بعملها على وجه لا يضيع حق الأم في الحضانة ، كأن تقوم

(١) وتسمى بالظئر بالكسر وهي في اللغة . الناقة تمطف على قصيل غيرها ، ثم أطلق على
للرأ الأجنبية تحضن ولد غيرها وترضعه كما يطلق على الرجل الحاضن أيضا رحمه أنظار .

بإرضاعه عند أمه أو بنقل الولد إليها في أوقات الرضاعة ثم يرد إلى أمه ، فإن لم يتفق معها على شيء من ذلك كان عليها أن تذهب إلى حيث يوجد الطفل عند حاضنته سواء كانت هي الأم أو غيرها لتستطيع الحاضنة القيام بما تقتضيه الحضانة .

وإذا كان للأب الحق في استئجار المرضعة عند امتناع الأم فليس معنى ذلك أنه يتحكم في أمر الأرضاع ويمنع الأم منه إذا رغبت فيه بعد الامتناع عنه ، لأن الأم حقها ثابت في الرضاع وهي أحق به من الأجنبية ، ولا يملك الأب منعها منه ما لم يلحقه ضرر منه بأن كانت الأم تطلب أجر أعليه - حينئذ تستحق الأجر - بينما توجد متبرعة به ، أو تطلب أكثر مما تطلبه المرضعة ، لأن القرآن كما نفى الأضرار بالأم نفاه أيضا عن الأب « ولا مولود له بولده » ، وليس في منعها إضرار بها لأنها التي أساءت استعمال حقها بطلب الأجر أو الزيادة ، وفي هذه الحالة يقال للأم : إما أن ترضعيه مجانا أو بمثل الأجر الذي قبلته المرضعة أو تسليمه لها لترضعه وهي بالخيار .

لكن يستثنى من ذلك ما إذا كانت الأم مريضة بمرض يخشى على الطفل منه أو ثبت بالتحليل الطبي أن لبن الأم لا يصلح للطفل لسبب من الأسباب . ففي مثل هاتين الحالتين يكون للأب منع الأم من إرضاعه وإعطاؤه للرضعة محافظة عليه ومنعا للضرر عنه .

وإذا سقط حق الأم في الرضاع كان على المرضعة أن توفى بما التزمت به .

فإن كانت متبرعة وأرضعته فارة ثم رغبت في إنهاء تبرعها أجيبت إلى ذلك لأنها محسنة ، وما على المحسنين من سبيل . إلا إذا كان الطفل لا يقبل الثدي غيرهما فإنه يلزمها إرضاعه إلى أن يستغني عن الرضاع حتى لا يلحقه ضرر ، ويجب

لها أجر مثلها في المدة الباقية لأنها أنهت تبرعها .

وكذلك إذا كانت ترضع بأجر وانتهت المدة المتفق عليها ولم يستغن الطفل عن الرضاع أجبرت على مد الأجرة لمدة أخرى تكفي لاستغناء الطفل عن الرضاعة إذا لم يقبل الطفل ثدي غيرها دفعا للضرر عن الرضيع ، وهي لا يلحقها من ذلك ضرر حيث يجب لها أجر المثل عن المدة الثانية .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الأم لا يجب عليها إلا إرضاع أول اللبن وهو اللبأ لكن في نظير أجر^(١) من مال الطفل إن كان له مال ، وإلا فعلى الأب وإن علا جمعا بين الحقين . قالوا : وإنما يجب عليها ذلك لأن الولد لا يمشي بدون رضاعة هذا الجزء من اللبن .

وبعد ذلك لا يجب عليها إلا إذا تمكنت له ، لكن يستحب للأم أن ترضعه طوال المدة المتبرة في الرضاع لأن لبنها أفضل من لبن غيرها ، لأنه أوفق بمزاجه لتغذيته به في الرحم دما .

وهي أحق بإرضاعه بأجر إذا لم تطلب زيادة عما تطلبه غيرها ، فإذا طلبت زيادة على غيرها نزع الأب منها وأعطاه لغيرها ، وكذلك لو وجدت متبرعة بالرضاع ولم ترض الأم إلا بالأجر .

وهل تسقط حضانتها بذلك أولا ؟ قولان عندهم أقواهما بقاء الحضانة لها ، وتقوم المرضعة بأرضاعه عندها ، أو يحمل الطفل إليها للأرضاع في أوقات

(١) قالوا : ولا منافاة بين وجوب الفعل واستحقاق عوضه كمثل المال في التهمة (الجاعة) للمحتاج فلا وجه للقول بعدم الأجرة لأن واجب عليها ، لأن الوجوب للعمل وهو الأرضاع . وأخذ الأجر على المال وهو اللبأ فلا منافاة ، وتسمية المال الذي هو عوض عنه لجرا مجاز . راجع الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٥ ص ٤٢٧ .

منتظمة ، فإن تعذر هذا وذلك سقط حقها في الحضانة (١) .

وإذا استأجر الأب الأم للأرضاع فلها أن ترضعه بنفسها أو بغيرها إذا لم يشترط عليها الإرضاع بنفسها .

ولو ادعى الأب وجود متبرعة وأنكرت الأم ذلك فالقول قول الأب لأنه يدفع عن نفسه وجوب الأجرة (٢) .

(١) المرجع السابق ص ٤٥٧ .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٥ .

الفصل الثاني

في أجره الرضاع

والكلام في هذا الفصل يتناول الأمور الآتية :

١ - من التي تستحق أجره على الرضاع ؟

٢ - متى يستحق الأجر ؟ .

٣ - المدة التي تستحق فيها أجره الرضاع .

٤ - مقدار الأجر - ٥ - وعلى من يجب ؟

١ - من التي تستحق أجره على الرضاع ؟

فيري الحنفية : أن التي تقوم بالارضاع إما أن تكون الأم أو غيرها، والأم إما أن تكون زوجة لوالد الرضيع أو معتدة منه بطلاق بائن أو رجعي ، أو انتهت عدتها .

فإن كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي فلا تستحق أجره على الأرضاع مطلقاً سواء كان واجباً عليها أو لا ، لأن أجره الرضاع ليست عوضاً

خالصاً بل هي أشبه بالنفقة ، لأن المقصود منها تغذية الأم ليدر لبنها الذي هو غذاء للصغير ، ولأن الأرضاع واجب عليها ديانة عندهم ، والواجب الديني لا يستحق عليه أجر ، ولأن نفقتها في هذه الحالة واجبة على الأب باعتباره زوجاً أو مطلقاً فلا يحجم لها بين نفقتين في وقت واحد ، لأنه غير معهود في الشرع .

وإن كانت معتدة من طلاق بائن ففي إحدى الروايتين في المذهب تجب لها النفقة ، لأن الزوجية قد انتهت بالطلاق البائن فأشبهت الأجنبية .

وفي الرواية الأخرى لا تجب لها النفقة على الأرضاع ، لأن زوجيتها وإن انقطعت بالطلاق البائن إلا أنها تجب لها النفقة على مطلقها والدالرضيع ما دامت في العدة ، فلو أوجبنا لها أجره على الرضاع لكانت جامعة بين نفقتين في وقت واحد .

وقهلاء المذهب وإن اختلفوا في الترجيح لتلك الروايتين إلا أن الفتوى على الثانية وهي التي تمنع وجوب النفقة ، والعمل في القضاء في مصر يسير عليها لقوة دليلها من جهة ، وللتيسير على الأب وعدم الأضرار به من جهة أخرى وبخاصة إذا لاحظنا أنها تستحق أجره على حضانة الطفل ، ولأن شبهها بالأجنبية الذي استندت إليه الرواية الأولى لا تأثير له في هذا الموضع ، لأن الأجنبية ليست لها نفقة على والد الرضيع غير أجره الرضاع فقياسها عليها قياس مع الفارق .

أما إذا انتهت عدتها فتستحق الأجره قولاً واحداً سواء كانت متمينة للأرضاع أو لا ، لأنها أصبحت أجنبية من كل وجه وارتفعت نفقة عدتها لقوله تعالى في شأن المطلقات : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » الطلاق - ٦ .

وإذا كان المانع من وجوب أجره الرضاع للمعتدة هو استحقاقها نفقة للعدة على والد الرضيع وقد قدمنا أن المعتدة لا تستحق نفقة لأكثر من سنة بالمادة السابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث منعتها من المطالبة بنفقة

لعديتها بعد مرور سنة على الطلاق . فيكون عدم استحقاق الأجرة على الرضاع للمطلقة مرتبطاً بوجوب النفقة لها لا بكونها معتدة .

وعلى هذا إذا قامت بالارضاع لا تستحق أجراً عليه مدة سنة ، وبعد انقضائها تستحق الأجرة إلى أن تنتهي مدة الرضاع ، لأنها صارت في حكم التي انقضت عدتها .

وكذلك لو كانت أسقطت نفقة عدتها في مقابل طلاقها منه يكون حكمها كحكم من انقضت عدتها في استحقاق الأجرة لانقطاع نفقتها من الأب ، وكذلك التي تزوجت بدون عقد موثق فإنها لا تستحق نفقة على زوجها إذا لم يعترف بالزوجة كما تقتضي به المادة التاسعة والستون من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

أما العجفورية : فإنهم يوجبون لها أجرة الرضاع في جميع الحالات سواء كانت زوجة أو معتدة أو أجنبية حتى إنهم أوجبوا لها الأجرة على إرضاعها أول اللبن الواجب عليها إرضاعه كما سبق .

٢ - متى تستحق المرضع الأجر على الرضاع ؟

إذا كانت المرضع هي الأم فإنها تستحق الأجر بمجرد الارضاع ، ولا يتوقف استحقاقها على سبق اتفاق بينها وبين الأب ولا على قضاء القاضي به ، ويكون الأجر المستحق هو أجر مثلها إلى أن يتفقا على قدر معين ، وتكون ديناً على الأب لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء منه ، فلو ماتت الأم قبل قبضه كان لورثتها حق المطالبة به باعتباره جزءاً من تركتها ، ولو مات الأب قبل قبض الأم له أخذ من تركته كسائر الديون ، وكذلك لا تسقط بموت الرضيع .

وإنما استحققت الأم الأجر دون توقف على اتفاق سابق لأن القرآن رتب الأجر على الارضاع في قوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فقد أمرت الآية بإعطاء الأجر بمجرد الإرضاع دون أن تقيده بقيد آخر .

ولأن إقبال الأم على إرضاع وليدها قبل الاتفاق على الأجر لا يدل على أنها متبرعة به ، لأن عطفها وحنانها على وليدها هو الذي دفعها إلى الإرضاع ، ولا يعقل أن تراه يتولى أمامها من الجوع وتتركه يدون إرضاع حتى يتم الاتفاق مع أبيه .

أما غير الأم فإنها لا تستحق الأجر بمجرد الإرضاع ، بل لا تستحق إلا من وقت الاتفاق ، لأنها مستأجرة للإرضاع فلا تستحق الأجرة إلا من يوم العقد .

٣ - مقدار المدة التي تستحق فيها أجره الرضاع

لا تستحق الأم أجراً على الرضاع لأكثر من سنتين باتفاق الحنفية^(١) والجعفرية حتى ولو زاد إرضاع الطفل عن هذه المدة لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فقد جعلت الآية تمام الرضاع كمال الحولين وليس بعد التمام زيادة .

فلو زاد عن الحولين لا تجب أجره على الزيادة وإن جاز ذلك الرضاع . وقيد الجعفرية الزيادة بشهر أو شهرين^(٢) .

ولو اتفق الأب والأم على انقاص المدة عن الحولين جاز إذا كان في ذلك مصلحة الرضيع لقوله تعالى : « فإن أرادوا فصلاً عن ترأض منها وتشاور فلا جناح عليها » .

لكن الجعفرية يقولون : لا يجوز نقصان المدة عن أحد وعشرين شهراً أخذاً من الآية « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » قالوا : فإذا انقضى منها تسعة أشهر مدة الحمل المتأداة بقي أحد وعشرون شهراً^(٣) .

(١) هذا بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه رغم اختلافهم في مدة الرضاع فأبو حنيفة ثلاثون شهراً وصاحبه سنتان فقط .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٤ . القلمة الممشقة ج ٥ ص ٤٥٦ .

(٣) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١١ .

٤ - مقدار أجرة الرضاع :

مقدار الأجرة التي تستحقها الأم في الحالات التي تستحق فيها الأجر هو ما اتفقت مع الأب عليه إذا اتفقا على شيء قبل الأرضاع، وإن لم يكن بينهما اتفاق على قدر معين فإنها تستحق أجر المثل وهو الأجرة التي تقبل امرأة أخرى أن ترضع به ، فإذا تنازعا قدره القاضي بذلك ، فإن طلبت أكثر من ذلك لاتجاب إلى طلبها .

٥ - على من تجب أجرة الرضاع ؟

إذا كان للرضيع مال وجبت الأجرة في ماله ، لأن رضاع الصغير هو غذاؤه ، وغذاؤه من نفقته ، والأصل في النفقة أنها تكون من مال الشخص ، فإن لم يكن له مال فتكون على أبيه إن كان موسرا .

فإن كان ممسرا وقادرا على الكسب أجبرت الأم على إرضاعه ويكون الأجر ديناً على الأب يدفعه لها إذا أيسر ، وإن كان ممسرا عاجزا عن الكسب أو متوفى وجبت أجرة الرضاع على من تجب عليه نفقة الصغير من الأقارب لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف... » إلى أن قال : « وعلى الوارث مثل ذلك » وسيأتي تفصيل ذلك في مبحث نفقات الأقارب .

وعند الجعفرية : يجب الأجر في مال الصغير ، فإن لم يكن له مال فملى الأب وإن علا ، فإن لم يكن كانت على الأم لوجوب الاتفاق عليها عند عصر الأب^(١) .

(١) القصة الدستقية ج ٥ ص ٤٥٦ .

البَابُ الثالِثُ

في الحضارة^(١)

وفيه فصول

(١) من مراجع هذا البحث نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٨ ، سبل السلام ج ٣ ص ٢٢٦ ،
تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ، بدائع الصنائع ج ٤ ، البحر الرائق ج ٤ ، حاشية ابن عابدين ط
النور المختار ج ٤ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٥ ، اللمة الممشقية وشرحها ج ٥ ص ٤٥٨ .
فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٤ وما بعدها ، الأحكام الجعفرية ، مجلة الحاماة الشرعية .

الفصل الأول

في التصريف بها وأصحاب الحق فيها

الحضانة : بفتح الحاء وكسرهما لغة ضم الشيء إلى الحضن . وهو الجنب (ما بين الأبط إلى الكشح) أو الصدر أو العضدان وما بينها ، تقول : حضنت الشيء واحتضنته إذا ضمته إلى جنبك ، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها .

وشرعاً : هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شئونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره .

والحضانة - كما ترى - أمر يتوقف وجوده على شخصين حاضن ومحضون والمحضون هو الطفل الصغير ، والحاضن إما امرأة أو رجل ، والصغير يحتاج إلى الحضانة فهي في جانبه حق لأنه المنتفع بها ، ولأنه ليس أهلاً للوجوب ، وأما الجانب الآخر وهو الحاضن فهو مكلف بعمل وهو أهل للوجوب عليه .

فهل الحضانة حق أو واجب ؟

إذا نظرنا إلى شخص معين كالأم مثلاً نقول : إنها أحق الناس بحضانة

طفلها ما لم يمنع من ذلك مانع ، فإذا تمسكت به أجبرت إليه ، وإذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل ، وهذا يعني أنه حق لها ، وإذا لم يوجد من يصلح له أجبرت عليه ، وإذا استعاضت عنه بشيء لا يصلح ، وهذا يعني أنه واجب عليها .

وعلى هذا نستطيع أن نقول : إنه حق لكل من الحاضنة والمحضون وإن كان في جانب المحضون أقوى ، لأنه يجب توفره له في كل حال سواء وجدت حاضنة واحدة أو تعددت الحاضنات ، فإن لم يكن له إلا حاضنة واحدة تعين عليها فيكون واجبا لا مجرد حق .

وإن تعددت الحاضنات كانت حقا لمن كانت في المرتبة الأولى لا يقبل منها إسقاطه إلا إذا وجد من يقوم به من تأهل للحضانة .

وعلى هذا نرى أن الخلاف المحكي بين فقهاء الحنفية من أنها حق للصغير فقط ، أو أنها حق للحاضنة فقط لا يتفق مع حقيقة الحضانة التي لا توجد إلا بمحضن ومحضون ، لأن الحق ثابت لكل منها وإن كان حقه أقوى ، لأنه محض حق لا يسقط بمحال ، أما في جانبها فهو حق يقبل الأسقاط والتنازل عنه وقد يكون واجبا لا يقبل الأسقاط إذا تعينت له .

ويتفرع على كونها حقا للصغير الأحكام الآتية :

١ - إذا تعينت الحاضنة أما كانت أو غير أم أجبرت عليها إذا امتنعت عنها حتى لا يفوت على الصغير حقه .

٢ - إذا خالفت الأم زوجها على أن تترك حضانتها لولدها وتتركه لأبيه صح الخلع وبطل الشرط ، لأنه يبطل حق الصغير في الحضانة ، وهي وإن ملكت إبطال حقا فيها فلا تملك إبطال حق الصغير .

٣ - إذا صالحت زوجها على إسقاط حقها في الحضانة في مقابلة دين عليها له كان صلحاً باطلاً ، لأنه يترتب عليه إسقاط حق الصغير ، ولذلك لو صالحت على إسقاط حقها في أجرة الحضانة في مقابلة الدين صح ذلك الصلح لأن الأجرة حق خالص لها .

ويتفرع على كونها حقاً للحاضنة ما يلي :

١ - ليس للأب ولا لغيره أن ينزع الصغير من صاحبة الحق في حضانتها ليعطيه لحاضنة أخرى تليها في هذا الحق إلا بمسوغ شرعي ، لأن نزعها منها في هذه الحالة تقويت لحقها في الحضانة .

٢ - إذا كانت المرضعة غير الحاضنة وجب عليها إرضاعه على وجه لا يفوت حق الحضانة بأن ترضعه عندها أو ينقل إليها الطفل وقت الرضاعة ثم يرد إلى حاضنته .

٣ - لا تجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا امتنعت عنها عند وجود حاضنة أخرى قبلها ، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه .

ومذهب الجعفرية في كون الحضانة حقاً أو واجباً قريب من مذهب الحنفية . يقول العاملي في الروضة البهية : لا شبهة في كون الحضانة حقاً للأب والأم وسائر الأقارب مع عدمها ، ولكن هل تجب عليه مع ذلك أم له إسقاط حقه منها .

الأصل في الحقوق جواز الأسقاط ، ولذلك قالوا : لو امتنعت الأم من الحضانة صار الأب أولى به ، ولو امتنعت معها فالظاهر إجبار الأب ، ونقل عن بعض الأصحاب وجوبها وهو حسن حيث يستأنز تركها تضييع الولد إلا أن

حضائته تجب كفاية كغيره من المضطرين^(١) .

من يثبت له حق الحضانة على الصغير :

إذا كان الطفل يخرج إلى الحياة عاجزاً عن كل شيء فيحتاج إلى من يقوم بأمره كلها ، فإذا بلغ حد التمييز واستطاع أن يقوم ببعض شؤونه ظهرت حاجته إلى نوع آخر من الخدمة كالتمليم والتهديب والصيانة عن الفساد ، فهوي طوربه يحتاج إلى خدمة ، ولما كان النساء أقدر على النوع الأول لما هن من الخبرة في هذه الأمور والصبر عليها جعله الشارع اليهن وقدمهن على الرجال في حق الحضانة ، ولما كان الرجال أقدر على النوع الثاني وكله الشارع اليهم ، فتوزعت المسؤولية بين النساء والرجال .

ولما كانت الأم بطبيعتها أحسن على وليدها من غيرها فشقتها لا تمد لها شفقة ، وعطفها لا يقاربه عطف جعلت في المرتبة الأولى من الحضانات .

وهذا مضمي قضاء رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده دون أن يخالف أحد في ذلك .

روى الإمام أحمد وأبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص : ان امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وجعري له حواء ، وثديي له سقاء وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال : « أنت أحق به ما لم تنكحي »^(٢) .

(١) ج ٥ ص ٤٦٤ ثم حلق على ذلك بقوله : وفي اختصاص الوجوب الكفائي بقني الحق نظر ، وليس في الاخبار ما يدل على غير ثبوت اصل الاستحقاق ، اما كونه يقبل السقوط اولا فلا .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٩ ، سيل السلام ج ٣ ص ٢٢٦ الحواء في الاصل البيت من الوبر .

وروى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذ منها فتجاذبه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر فقال : « مسحها وحجروها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه » ، وفي رواية أخرى : « وريحها خير له من شهد وعمل عندك يا عمر » وكان ذلك بحضور من كثير من الصحابة ^(١) .

وفي رواية ثالثة أن النزاع كان بين عمر وجدة الغلام بعد أن تزوجت أمه ، وأنه رآه في الطريق فأخذه ، فلما تراقعا إلى أبي بكر قال : « وريحها ومسها وريحها خير له من الشهد عندك يا عمر » .

ويثبت هذا الحق للأم سواء كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة أو غير معتدة ما دامت أهلا للحضانة ولم يمنع من حضانتها مانع كزوجها بأجنبي أو بقريب غير محرم .

فإن ماتت أو منع من حضانتها مانع انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من النساء الأقرب فالأقرب فتنتقل إلى الجدة لأم وإن علت درجاتها ، ثم إلى أم الأب وإن علت ؛ وإنما تأخرت مرتبتها عن الجدة لأم لأن قرابتها من جهة الأب وهو مؤخر عن الأم .

فإن لم توجد واحدة من الجدات انتقلت الحضانة إلى الأخوات على أن تقدم الأخت الشقيقة وتليها الأخت لأم ، فإن لم تكن تكون للأخت لأب على الرواية الراجحة في المذهب ، وفي الرواية الأخرى أن الأخت لأب مؤخرة عن الخالة ^(٢) .

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣١٤ .

(٢) وجه هذه الرواية الأخيرة أن الخالة أم كما جاء في الحديث . ولأن الخالة أخت الأم

فإن لم توجد واحدة من الأخوات المؤهلات للحضانة انتقل الحق إلى بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ، فإن لم يوجد منهن من يصلح للحضانة انتقل الحق إلى الحالات فتقدم الشقيقة ثم تليها الحالة لأم ثم الحالة لأب ، فإن لم يوجد من الحالات من يصلح انتقل الحق إلى بنت الأخت لأب ^(١) ، ويحيى بعدها بنات الأخوة على الترتيب تقدم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ، فإن لم يوجد من يصلح انتقل الحق إلى العمت على الترتيب السابق

فإن لم يوجد من العمت من يصلح انتقل الحق إلى خالات الأم على الترتيب السابق ، ثم يليهن خالات الأب تقدم حالة الأب الشقيقة ثم خالته من الأم ثم خالته من الأب ، ثم عمت الأم على الترتيب السابق ، ثم عمت الأب كذلك على الترتيب السابق .

وما يلاحظ هنا في هذا الترتيب : أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في جميع الأصناف عند اتحاد الدرجة ، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها كذلك ، ولأن قرابة الأم أعطف على الصغير من قرابة الأب .

وأن الجدة مقدمة على الأخت مطلقاً ، لأن الجدة أعطف على الصغير من الأخت ، ولأن اتصالها بالصغير من طريق الولادة فهو كالجزء منها .

وأن القرابة الشقيقة مقدمة على غيرها لقوتها بتمدد جهتها وتوفر الشفقة .

— قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، ووجه الرواية الأولى الراجعة . أن الأخت أقرب إلى الصغيرة من الحالة ، فإنها بنت الأب والحالة بنت الجدة ، وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب عند التساوي في الدرجة ، وليست الأخت والحالة في درجة واحدة حتى تقدم الحالة عليها باعتبارها قريبة الأم ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الحالة أم » كان لترجيحها على ابني العم وهما علي وجعفر ابنا أبي طالب لما تنازعا ابنة حمزة وقضى به لزيد لما قال « وشالنا نحي » .

(١) وفي رواية مرسوعة أن بنت الأخت لأب مقدمة على الحالات ، وجه الرواية الراجعة أن قرابة الحالة من جهة الأم ، وقرابة بنت الأخت لأب من جهة الأب وهما في درجة واحدة فتقدم قرابة الأم وهي الحالة على قرابة الأب وهي بنت الأخت لأب .

وأن بنت الأخت مقدمة على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما ، والعمة فرع الجدین أو أحدهما .

وإذا لم يوجد من النساء المحارم من تصلح للحضانة ، أو وجدت ولم تكن أهلاً لها انتقلت الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقاً إن كان الطفل ذكراً ، وإلى العصبه المحارم إن كان أنثى ويرتبون كترتيبهم في الميراث فيقدم الأب ثم الجد لأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ثم العم لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عم الأب لأب . فهؤلاء تثبت لهم الحضانة بهذا الترتيب على الصغير مطلقاً ذكراً كان أو أنثى ، لأن كل هؤلاء من المحارم .

ويأتي بعد هؤلاء ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب بالنسبة للذكر، وليست لها حضانة على الأنثى لأنها من غير المحارم ، والحضانة تمتد إلى سن المراهقة وفيها يخشى الوقوع في الفتنة .

فلذا لم يكن للصغيرة إلا ابن عمها يختار لها القاضي حسب رأيه ما يراه صالحاً لها فيضمها عند امرأة ثقة مأمونة إن لم يكن ابن عمها صالحاً مأموناً . وإن وجدته صالحاً مأموناً ضمها إليه .

فإن لم يوجد للصغير عاصب مطلقاً من الرجال ولا عاصب محرم للصغيرة أو وجد ولكنه ليس أهلاً للحضانة انتقلت الحضانة إلى المحارم من غير العصبه ، وهم ذؤوا الأرحام الأقرب فالأقرب فتثبت للجد أبي الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم .

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى الأقرباء من غير المحارم كأولاد الخال وأولاد الخالة على أن لا يكون للرجال حضانة الإناث، ولا للإناث

حضانة للذكور ، لأن القرابة غير المحرمة يحل معها الزواج فيخشى أن يتربط على الضم مفسدة .

فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان الرأي للقاضي يضمه إلى رجل أو امرأة من يتق في صلاحهم وقدرتهم على هذا العمل .

والعمل يجري في مصر على أن الصغير إذا لم يكن له أقارب مطلقاً يضم إلى دار من دور رعاية الأيتام .

ويلاحظ هنا أنه إذا تمدد المستحقون للحضانة من الرجال والنساء وكانوا في درجة واحدة وقوة واحدة كأخوة أشقاء أو أعمام أشقاء أو خالات شقيقات أو أخوات شقيقات قدم أصلهم لتربية الطفل وأقدرهم على رعايته ، فإن تساوا في الصلاح فأورعهم ، فإن تساوا فيه فأسنهم لأنه يكون أكثر تجربة من غيره . هذا هو مذهب الحنفية في من له حق الحضانة

أما الجعفرية : فإنهم لا يفصلون بين حضانة النساء وحضانة الرجال ولكنهم يشيئون أولاً للأم ثم للأب ، فإن لم يكونا أو كانا فاقدي الأهلية للحضانة انتقلت إلى الأقارب على ترتيب اختلفوا في بعض صوره .

فالحضانة مشتركة بين الأم والأب في حالة قيام الزوجية ، فإذا كانت الأم مطلقة فهي أحق بها من الأب مدة عامين للذكر وهي مدة الرضاعة ، وللأنثى سبع سنين وقيل تسع ، وقيل هي أحق بها ما لم تتزوج والأول أظهر ، ثم تنتقل الحضانة إلى الأب ، فإذا مات الأب أو فقد أهليته للحضانة عادت إلى الأم وهي أولى بها من الجد ، ولو ماتت الأم أو فقدت أهليتها قبل انقضاء مدة حضانتها انتقلت الحضانة إلى الأب إن كان موجوداً ، وما دام الأب موجوداً

فلا حضانة لغيره ، فلو كان غير موجود بقيت الحضانة للأم ولو تزوجت ^(١) .

فإن مات أو فقد أهليته انتقلت بعده إلى الجد أبي الأب على رأي ، لأنه أب في الجملة فيكون أولى ، ولأنه أولى بالمال فيكون أولى بالحضانة ^(٢) .

فإن لم يكن الجد موجوداً أو وجد وكان فاقد الأهلية انتقل الحق للأقارب مرتبين ترتيب الإرث على المشهور لأية « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » الأنفال - ٧٥ .

فالجددة لأب أو لأم وإن علت أولى من العممة والخالة ، كما أنها أولى من بنات الممومة والمغضولة ، وكذا الجدة الدنيا والعممة والخالة أولى من العليسا منهن ، وكذا ذكور كل مرتبة ، فتقدم الأخوات ثم أولاد الإخوة والأخوات ، ثم الأخوات ، ثم الأخوال والعمات والأعمام ، ثم لأولاد الأعمام والأخوال ، ثم خالات الأم وخالات الأب وعماتها وعماته .

فإن اتحد الأقرب بالحضانة له ، وإن تعدد أقرع بينهما لما في اشتراكهما من الأضرار بالولد ، ولا ينظر إلى مرجح لأحدهما على الآخر ، وإن اجتمع ذكر

(١) فإن تزوجت الأب موجود سقطت حضانتها التصريح بالإجماع . فإن طلقت عادت الحضانة إلى المشهور لزوال المانع منها وهو تزوجها واشتغالها بحق الزوج الذي هي أقوى من الحضانة ، وإنفا تعدد بمجرد الطلاق إذا كان بائناً . وإلا فبعد المدة إن بقي لها شيء من مدة الحضانة ، وقيل لا تعود لحرجها من الاستحقاق بالنكاح فيستصحب ويحتاج عوده إليها إلى دليل آخر وهو غير موجود . فروضة البهيمة ج ٥ ص ٤٦٣ .

(٢) في الروضة البهيمة ج ٥ ص ٥٧٧ قال : ويشكل بأن ذلك لو كان مرجحاً لتقديمه لاقتضي تقديم أم الأم عليه لأنها بمنزلة الأم وهي مقدمة على الأب ، وولايته المال لا دخل لها في الحضانة ، وإلا لكان الأب أولى من الأم ، وكذا الجد لأب وليس ذلك إجماعاً ، والنصوص خالية من غير الأبوين من الأقارب وإنما استقيد حكمهم من آية « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » وهي لا تدل على تقديمه على غيره من في درجته . قال ، وبهذا جزم في المختلف وهو أجود .

وأنشئ ففي تقديم الأنثى قول مأخذه تقديم الأم على الأب ، وكون الأنثى أرفق
تربية الولد وأقوم بمصالحه ، وإطلاق الدليل المستفاد من الآية يقتضي التسوية
للتساوي في الإرث .

وقيل إن الأخت لأبوين أولى من الأخت لأم ، والأخت لأب أولى من الأخت
لأم ، وكذا أم الأب أولى من أم الأم ، والعمة أولى من الخالة لزيادة القرب أو
كثرة التعميب ، ويرد عليه بأن الدليل سوى بينهم ^(١) .

ونخلص من ذلك إلى أن في المذهب قولين في الأقارب من درجة واحدة
كالأختين والعنتين والخالتين وأولاد الأخوة والأخوات . قول باعتبارهما سواء
بصرف النظر عن قوة القرابة أو كونها من جهة الأب أو من جهة الأم لإطلاق
الدليل ، وقول آخر بالترجيح بقوة القرابة أو قرابة الأب .

فإن لم يوجد عرم مستحق للعضانة أو وجد ولم يكن أهلاً لها يعطى الطفل
لذي رحم غير عرم كبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة ، فإن لم يوجد
قريب من الأرحام يسلم إلى الوصي ، فإن لم يكن وصي فعلى الحاكم أن يسلمه إلى
شخص يثق فيه .

(١) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٦١ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٥

الفصل الثاني

في شروط أهلية الحضانة

لما كان الغرض من الحضانة تحقيق المصلحة للطفل ودفع كل ما يلحق به الضرر فشرط في الحاضنة من النساء والحاضن من الرجال توافر صفات معينة بها تتحقق الأهلية للحضانة ، فإن اختلت واحدة منها في شخص سقط حقه فيها وانتقل إلى من يليه .

شروط أهلية النساء للحضانة :

١ - أن تكون بالغة ، لأن غير البالغة ولو كانت مميزة لا تستطيع أن تقوم بشئونها كلها فكيف يوكل إليها القيام بشئون غيرها .

٢ - أن تكون عاقلة لأن غير العاقلة لا تحسن القيام على شئون الصغير لعدم معرفتها ما ينفعه بل يخشى عليه الضرر منها فلا تكون أهلاً للحضانة .

٣ - أن تكون قادرة على القيام بما تتطلبه الحضانة من أعمال ، فلو كانت عاجزة عن ذلك لكبر من أو مرض أو عاهة تحول بينها وبين أداء وظائفها كالعُمى لم تكن أهلاً للحضانة . وكذلك لو كانت قادرة على أعمال الحضانة ولكنها مريضة مرضاً يخشى على حياة الطفل منه لا تكون أهلاً لها .

ولو كانت محترفة لحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير لا يكون لها حق في الحضانة ، أما إذا كان عملها لا يمنحها من رعايته بأن تتمكن من التوفيق بين عملها وما تتطلبه الحضانة لا يسقط حقها فيها .

٤ - أن تكون أمينة على أخلاق الصغير ، فإن كانت فاسقة كاحترافها الرقص أو النشل أو ارتكاب الفاحشة فإنه يسقط حقها في الحضانة بأحد أمرين . عدم قيامها بشئون الطفل وإمهاله ، والخوف على أخلاق الصغير أن تتأثر بها ، فإن لم يوجد شيء منها لا يسقط حقها فيها .

٥ - ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير . بأن تكون غير متزوجة أو متزوجة بقريب محرم منه كعمه أو جده مثلاً ^(١) .

فإن كانت متزوجة من أجنبي ، أو من قريب غير محرم كابن عمه ، أو من محرم غير قريب كاخيه من الرضاع سقط حقها في الحضانة ، لأن الغالب في هؤلاء ألا يطفوا على الصغير كمطف قريبه المحرم ، ويزيد الأجنبي أنه يفضيه ويقسو عليه ، لأن الزوج غالباً لا يحب ابن زوجته فينشأ الطفل في جو يسوده البغض والكراهية فيتمتعده نفسياً .

(١) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة المطلقة التي أراد زوجها أن يأخذ ولده منها : « أنت أحق به ما لم تقرجي » فإذا كنت الأم يسقط حقها بالزواج فغيرها أولى بذلك ، وكأنت مقتضى ذلك أن يكون زواجها مطلقاً مسقطاً لحقها ، لكن فقهاء الحنفية والمالكية نظروا إلى الحكمة التي من أجلها جعل الزواج مانعاً من الحضانة أن الزوج يكره ولد زوجته ويسود ألا يكون مع أمه فاستثنوا الزواج من القريب المحرم ، لأنه يطف على الصغير ويستبره كولده فلا يكره وجوده مع زوجته ، وهناك أقوال أخرى في سقوط حق الحضانة بالزواج ، يسقط مطلقاً بالزواج وهو قول الجعفرية والثعلبية لأن الحديث لم يفصل ، لا يسقط بالزواج مطلقاً وهو قول الحسن البصري وابن حزم لعدم صحة الحديث كما قالوا . وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٩ وسبل السلام ج ٣ ص ٢٢٦ .

ولأن وقت الزوجة لزوجها وله الحق في منعها من القيام بشئون ذلك الطفل الذي لا صلة له به ، بخلاف ما إذا كان الزوج محرماً للصغير ، لأن القرابة المحرمة داعية إلى العطف والشفقة على الصغير فلا خوف عليه .

والجعفرية يشترطون في الحاضنة ألا تكون متزوجة مطلقاً ولو بمحرم للصغير لإطلاق الحديث ولم يفرقوا في ذلك بين زواج الأم وغير الأم . غير أن الأم إذا تزوجت ولم يكن للطفل أب موجود لا يسقط حقها في الحضانة ، لأنها أولى به بعد الأب من الجد كما سبق .

٦ - ألا تقم بالصغير عند من يفضيه ولو كان قريباً له ، لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغير وسكناها عند من يفضيه يعرضه للأذى وإلحاق الضرر به ، فلو فعلت ذلك ولم تخرج إلى بيت آخر سقط حقها .

والجعفرية لا يعمدون ذلك مسقطاً لحقها إذا كانت قادرة على حفظه وصيانتها .

٧ - ألا تكون مرتدة عن الإسلام ، فإذا كانت الأم مسلمة وارتدت عن الإسلام سقط حقها في الحضانة لأن المرتدة عند الحنفية تجلس حتى تعود إلى الإسلام أو تموت ، ومثل هذه لا تستطيع القيام بأعمال الحضانة .

هذا ولا يشترط لإسلام الحاضنة سواء كانت أمّاً أو غير أم ، فالكتابية تستحق الحضانة لأن أساس الحضانة الشفقة على الصغير وهي متوفرة عند كل حاضنة ولا تأثير للدين في ذلك ، ويبقى معها إلى أن تنتهي مدة الحضانة إلا إذا خيف عليه أن يتأثر بدينها أو أن يعود تناول ما حرمه الإسلام من لحم الخنزير وشرب الخمر فإنه يؤخذ منها ويسلم لمن تستحق الحضانة بعدها .

والجعفري لا يحملون لغير المسلم^(١) حضانة لولدها المسلم تبعاً لأبيه ، لأنه يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام .

شروط أهلية الحضانة للرجال :

يشترط في الحاضن من الرجال : أن يكون بالغاً عاقلًا قادرًا على القيام بمصالح الصغير أمينًا على تربيته كما يشترط في النساء .

ويُزاد على ذلك : أن يتحد مع المحضون في الدين ، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، ولا ولاية مع اختلاف الدين ، ولأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع اختلاف الدين ، فلو كان للصغير قريبان في درجة واحدة واختلفوا في الدين تكون الحضانة لمن يوافق في الدين .

هذا ومن كان له الحق في الحضانة رجلاً كان أو امرأة وسقط حقه لسبب من الأسباب ثم زال ذلك السبب يعود إليه الحق مرة ثانية .

(١) جاء في فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٤ : والحاضنة يشترط فيها : أن تكون حرة مسلمة عاقلة غير متزوجة بلا خلاف في هذه الشروط الأربعة ، كما يشترط سلامتها من الأمراض السارية ، ولا فاجرة منتهكة ، ولا مهملة لرعاية الطفل ومصالحه لكي يحتفظ بالطفل سليماً في صحته وخلقه .

الفصل الثالث

في أجره الحضانة واستحقاقها ، ومن يجب عليه

لما كانت الحضانة تتمثل في خدمة الطفل والقيام بشؤونه فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال ويسمى ذلك العوض في عرف الفقهاء بأجرة الحضانة . غير أن ذلك العوض ليس أجره خالصة بل فيه شبه بالنفقة ^(١) وكيفها كان قلن يكون ؟

الحنفية يقولون : الحاضنة إما أن تكون أما للطفل أو غير أم ، فإن كانت غير الأم استحققت الأجرة على الحضانة ما لم تتبرع بها ، وإن كانت الأم فلأنها لا تستحق أجراً على الحضانة إذا كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة له من طلاق رجعي بلا خلاف في المذهب ، وكذلك إذا كانت معتدة له من طلاق بائن في إحدى الروايتين وهي التي يجري عليها العمل في القضاء بمصر ، لأنها في تلك

(١) لانتا إذا نظرتا إلى أن الحاضنة تقوم بعمل تقول : إن ما يدفع لها هو أجره ، وإذا نظرتا إلى أن نفقة الطفل واجبة عليه في ماله ثم على أبيه ومن جهة ما ينفق عليه الاتفاق على الحاضنة التي حست نفسها لأجله تقول : إن ما يدفع إليها هو نفقة فهي ليست نفقة خالصة ولا أجره خالصة .

الحالات تستحق النفقة على أبي الصغير الزوجية أو للعدة فلا تستحق عليه نفقة أخرى في نظير حضانة ولده لأن الأولى كافية كما قدمنا في أجره الرضاع فإذا لم يكن لها نفقة على الأب لانتفاء عدتها أو لمنعها من المطالبة بنفقة أثناء العدة لمضي سنة من وقت الفرقة بينها أو لكونها أبرأت زوجها من نفقة العدة في نظير طلاقها استحققت أجره على الحضانة .

معنى تستحق الحضانة الأجر ؟

لما كانت الحضانة تشبه الرضاع إلى حد كبير فما قدمناه في استحقاق أجره الرضاع من تفصيل بين الأم وغيرها يجري هنا . وخلاصته . أن الأم تستحق الأجر على الحضانة في الحالات التي تجب لها فيها من وقت قيامها بأعمال الحضانة ولا يتوقف الاستحقاق على سبق اتفاق بينها وبين أبي الطفل أو قضاء بذلك .

أما غيرها فلا تستحق الأجر إلا من تاريخ الاتفاق عليها أو قضاء القاضي بها ، فلو قامت بها قبل الاتفاق أو القضاء لا يحق لها المطالبة بالأجر على تلك المدة ، لأنها كسائر الأجور على الأعمال لا تجب إلا بالاتفاق أو القضاء فإقدامها على العمل قبلها دليل على تبرعها . بخلاف الأم التي تحملها الشفقة الكاملة على خدمة وليدها دون الانتظار إلى اتفاق أو قضاء .

ولأن الطفل غالباً يكون معها في فترة الرضاعة وأثناء العدة وقد كانت تقوم بحضائنه فلا يعقل أنها تتركه بعد انقضاء الفترة التي كانت تستحق فيها نفقة بدون خدمة حتى يتم اتفاقها على الأجر وقد يتنازع فيه فيقتضي رفع الأمر للقضاء .

وإذا وجبت الأجرة للحاضنة سواء كانت أم أو غيرها فإنها تكون ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء ولا يتأثر بمضي المدة ، ولا يموت الصغير ، ولا يموت

من وجبت عليه ، ولا يموت الحاضنة نفسها حتى كان لورثتها حق المطالبة بها بعد وفاتها لأنها جزء من تركتها .

على من تجب أجره الحاضنة ؟

تجب أجره الحاضنة على من تجب عليه نفقة الصغير ، لأنها بعض نفقته كأجرة الرضاع .

فإن كان للصغير مال وجبت في ماله ، وإن لم يكن له مال وجبت على أبيه ، فإن كان الأب موسراً أمر بأدائها إلى الحاضنة ، وإن كان ممسراً فلا يتخلو إما أن يكون قادراً على الكسب أولا .

فإن كان قادراً على الكسب وجبت عليه وكانت ديناً في ذمته ، وأمر بالأداء عنه من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ويرجع بها على الأب إذا أيسر .

وإن كان الأب المعسر عاجزاً عن الكسب اعتبر غير موجود وفرضت الأجرة على من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم الأب ويؤدها في الحال إلى الحاضنة .

أجرة الممكن والمخادم :

إذا لم يكن للحاضنة ممكن خاص بها أو مسكن تسكن فيه مع زوجها القريب للطفل قرابة محرمية في مكان الحضانة وجب إعداد مسكن لها أو إعطاؤها أجره مسكن مناسب تقوم فيه بالحضانة ، لأنها مضطرة إلى ذلك لئلا يسقط حقها في الحضانة ، كما يجب إعداد كل ما يحتاج إليه الطفل من فرش وغطاء حتى يكون المسكن كاملاً .

وإذا احتاجت إلى استئجار خادم يقوم بمساعدتها في خدمة الصغير وجب إحضار الخادم لها أو إعطاؤها أجرته إذا كان للصغير مال أو كان من تجب عليه نفقته موسراً لمخدم أولاده

وبهذا يتبين أن أجره الرضاعة غير أجره الحضانه وغير نفقة الطفل .

الحضانه بين المتبرعه بها وطالبة الأجر عليها .

إذا أبت صاحبة الحق في الحضانه أن تقوم بها إلا بأجر ووجدت متبرعه بها فلن تكون الحضانه منها ؟ الحكم يختلف باختلاف الحالات . لأن المتبرعه إما أن تكون من أهل الحضانه أو لا ، فإن لم تكن من أهل الحضانه بأب كانت أجنبية أو قرابة قرابة غير محرمة فصاحبه الحق في الحضانه أحق بها مطلقاً أما كانت أو غير أم ، كان للطفل مال أو لا ، كان الأب موسراً أو معسراً ، لأن تسليمه للمتبرعه لا مصلحه فيه للصغير ، لأن رعايتها لا تكون كراعيه صاحبه الحق نظراً لتوفر الشفقه عليه منها ، ودفع الأجر وإن كان فيه ضياع جزء من المال إلا أنه لا يرازي ما يتحقق له من المصلحه المقصوده .

وإن كانت المتبرعه من أهل الحضانه ولم يكن للصغير مال وكان أبوه أو من تجب عليه نفقته بعد أبيه موسراً قدمت صاحبه الحق في الحضانه على المتبرعه ، لأن إعطائه لصاحبه الحق فيه مراعاة لحق الصغير لأنها أكثر حناناً وشفقة عليه من المتبرعه ، ولا ضرر على الأب في دفع الأجر ليساره ومصلحه الصغير مقدمه على كل حال .

وإذا كان الأب معسراً قدمت المتبرعه دفعاً للضرر عن الأب بألزامه بالأجر ومداينته به وهو معسر ، وكذلك لو كان للصغير مال ، لأن الأجره واجبه في ماله في هذه الحالة ، وفي إعطائه لطالبة الأجر ضياع لجزء من ماله مع إمكان الاستغناء عنه بدفعه للمتبرعه وهي من محارمة والشفقة متوفرة عندها ،

ونقصان شفقتها عن الأخرى لا يوازي ضياع جزء من ماله .

وبهذا يتبين الفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاع : حيث تقدم المتبرعة بالرضاع على الأم وغيرها ممن تطلب الأجر مطلقا سواء كانت المتبرعة محرما للطفل أو لا ، وسواء كانت الأجرة من مال الصغير أو من مال غيره كان ذلك الغير موسرا أو معسرا ، لأن الغرض من الرضاعة هو تغذية الطفل وهو متحقق بلبن أي امرأة فلا معنى لأخذ الأجر مع وجود المتبرعة ، لأنه لا ضرر في إرضاعها .

أما الحضانة فإنه لا يقدم فيها المتبرعة إلا في صورتين . الأولى إذا كانت أجرة الحضانة من مال الصغير ، والثانية إذا كانت الأجرة واجبة على الأب وكان معسرا ، ومع ذلك يشترط في المتبرعة أن تكون قريبة قرابة محرمة أي عندها أهلية الحضانة .

والسبب في ذلك أن المقصود من الحضانة هو تربية الصغير ورعايته والعناية به ، وهذه أمور تحتاج إلى الشفقة والعطف والحنان وكل ذلك لا يتوفر إلا عند الأم أو ما يقارها من المحارم وقلما توجد عند غير المحرم ، وكلما توافرت هذه عند الحاضنة تحقق الغرض المقصود من الحضانة على أكمل وجه فيبقى ذلك الحق لصاحبه ولا يمدل عنه إلا لعذر قوي كأعسار الأب أو من تجب عليه الأجرة بعده أو لمصلحة قوية كالمحافظة على مال الصغير . وفي الحضانة لا موضع لغير المحرم لأنها ليست أهلا لها أصلا فلا يفيد تبرعها شيئا .

وإذا لم توجد متبرعة بالحضانة وامتنعت عنها صاحبة الحق فيها إلا بأجر ولم يكن للصغير مال وكان الأب معسرا أجبرت الحاضنة عليها سواء كانت أمًا أو غيرها وتكون أجرتها دينًا في ذمة الأب يؤمر بأدائه عند اليسار وهو دين صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . هذا هو مذهب الحنفية .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الأم صاحبة الحق الأول في الحضانة لا يجب عليها الحضانة مجاناً فلها طلب الأجر عليها ، وحينئذ يتخير الأب بين دفع الأجر لها وأخذ الطفل منها ، لأن حق الحضانة ثابت له بعدها ، ولا يجب عليه إجابتها إلى ما طلبت إلا في حالة ما إذا كان لا يستطيع القيام بالحضانة ولم توجد متبرعة بها ، لأنها متعينة لها بحفاظة على الولد .

ولو طلبت أجراً أكثر من غيرها لا تجاب إلى ذلك .

وهل تجب لها أجرة على الحضانة غير أجرة الرضاع ؟ قولان عندهم لعدم النص^(١) .

أما إذا وجدت متبرعة بالحضانة وهي قادرة عليها ولو أجنبية أو كانت الأب قادراً على الحضانة ولو بالاستعانة بغيره من خادم أو زوجة . فيقال للأم طالبة الأجر تخيري بين حضائته مجاناً أو تدفعيه إلى الأب أو المتبرعة فإن لم تختار إمساكاً مجاناً أخذ منها وسلم للأب أو للمتبرعة ، ولا تمنع بمسء ذلك من خدمته أو رويته ، وأجرة الحضانة من مال الصغير إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه .

وإذا كانت العاضنة هي الأم ولم يكن لها مسكن تقع فيه مع الطفل الفقير وجب على الأب إعداد مسكن لها ، وإذا احتاج الطفل إلى خادم مع العاضنة وجب على الأب إحضار الخادم إن كان موسراً .

أما غير الأم من العاضنات إذا لم ترهن بمحضائته مجاناً وتمسكت بالأجرة ولم توجد متبرعة وجب دفع الأجر لها .

(١) درجج الشيخ مفنية المدم . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٥ .

الفصل الرابع

في مكان الحضنة ، وانتقال الحضنة منه

إذا كانت الحضنة هي الأم وكانت زوجيتها قائمة بينها وبين أبي الصغير فكان الحضنة هو بيت الزوجية الذي يقيم فيه ، ولا يجوز للأم الخروج منه أو السفر بدون إذن زوجها سواء كان الولد معها أو لا، لأن قرارها في بيت الزوجية واجب عليها ما دام أوفهاها حقوقها .

وإن كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن لا يكون لها الخروج من البيت الذي تمتد فيه طوال مدة العدة حق ولو أذن لها المطلق بالخروج أو للسفر ، لأن قرارها في مسكن العدة حق للشرع وهو واجب عليها ، ولا يجوز لها إبطال حق الشرع ، يقول جل شأنه : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » الطلاق - ١ .

وإذا انقضت عدتها فلا يبقى معنى لإلزامها بالبقاء بالمحضون في بيت الزوجية فلها أن تنتقل بولدها إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت الحضنة فيه .

وهل يجوز لها الانتقال به إلى بلد آخر ؟

الحكم يختلف تبعاً لقرب البلد الذي تريد الانتقال إليه وبعده عن البلد الأول.

أحكام الأسرة (٤٨)

فإن كان ذلك البلد قريباً جاز لها الانتقال إليه بشرط أن يكون من نوع البلد الأول أو أفضل منه ، فيجوز لها الانتقال من مدينة إلى مدينة ، ومن قرية إلى قرية ، ومن قرية إلى مدينة ، ولا يجوز لها الانتقال من مدينة إلى قرية ، لأن الحياة في القرية لطفل ولد في المدينة يلحق به الضرر ، لأن في أخلاق أهل القرى بعض الجفاء فيخشى على الطفل التخلّي بأخلاقهم ، كما أن وسائل العيش فيها تختلف عما في المدينة إلا إذا كان انتقالها إلى قربتها الأصلية التي عقد عليها أبوه فيها ، لأنها تكون في وسط أهلها فيحاط الطفل بالعطف والحنان منهم .

وإن كان ذلك البلد الذي تريد الانتقال إليه بعيداً فلا يجوز الانتقال إليه ولو كان من المدن إلا بأذنه لما في ذلك من الأضرار بالأب لبعده ابنه عنه والأضرار بالولد لفقد رعايته أبيه ورقابته إلا إذا كان بلدها الأصلي وأبوه قد عقد زواجه عليها فيه لما قلناه .

ولأن المانع من الانتقال هو ما يلحق الأب من ضرر التفريق بينه وبين ولده ، وفي هذه الصورة هو الذي تسبب فيه ، لأنه حين عقد عليها في بلدها وهو يعلم أنها لا تنتقل منه إلا بسبب زواجها ، وإذا زالت الزوجية فستعود إليه حتى لا تتحمل ذل القرية فيكون راضياً ضمناً بوجود ولده مع أمه فيه .

ومع ذلك فوجودها وسط أهلها بولده يرث الإطمئنان عليه حيث يعيش وسط أناس لا يكتنون له إلا العطف والشفقة ، فيجوز الانتقال إلى البلد البعيد مقيد بقيد - ١ أن يكون وطنها الأصلي - ٢ - أن يكون عقد عليها فيه ، فإذا انتفيا أو انتفى أحدهما لا يجوز ، لأن المعنى الذي جعل مرخصاً للانتقال إليه لا يوجد في واحد منها .

حد القرب والبعد عند الفقهاء :

يقرر الفقهاء أن البلد يعتبر قريباً إذا استطاع الأب أو الولي السفر إليه ليرى

الولد ويعود إلى محل إقامته قبل دخول الليل ، فإن كان لا يستطيع ذلك 'عد البلد بعيداً .

وإذا لاحظنا أن ضبطهم هذا تأثر بأمورين كانا في زمنهم - أولهما - وسائل الانتقال وقد كانت بدائية لأنها إما السير على الأقدام أو ركوب الدواب - وثانيهما - أن الليل كان مظنة الخوف للظلام الذي يلفه وخطر السفر فيه لعدم الأمان لكثرة اللصوص وقطاع الطرق فيكون الممول عليه في مثل هذا هو المعروف وقد تغير ، ففي زمننا هذا تنوعت المواصلات ، وأصبح الليل كالنهار بعد أن أنيرت الطرق فالمسافر فيه لا يشعر بوحشة ولا يخشى ضرراً فيترك ذلك إلى مقدرة الرجل على تحمل نفقات السفر لرؤية ولده .

والعمل في القضاء في مصر يجري على هذا التفصيل فيما إذا كانت الحاضنة هي الأم .

أما إذا كانت الحاضنة غيرها كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمة فليس لها الحق في الانتقال إلى بلد غير بلد أبيه إلا بإذنه ، فإذا فعلت ذلك كان للأب أو وليه إذا لم يكن الأب موجوداً أن يمنعها من ذلك سواء كان البلد قريباً أو بعيداً وطناً أصلياً لها أولاً ، لأن المعنى الذي من أجله أبيع للأم الانتقال بالولد وهو العقد عليها فيه ليس موجوداً هنا حيث لا عقد .

هكذا أطلق الفقهاء الحكم بدون تفرقة بين البلد القريب والبعيد . غير أن بعض الفقهاء المتأخرين أجاز لغير الأم الانتقال بالمحضون إلى البلد القريب وسوى بينها وبين الأم في ذلك لأن علة تجوز انتقال الأم إلى البلد القريب بدون إذن هي أنها بمثابة الانتقال إلى أحد جوانب البلدة الواحدة^(١) .

وقد جرى بعض القضاة في مصر على هذا .

(١) الرد المختار للرافعي ج ١ ص ٣٤٨ .

وإذا عرفنا أن مصلحة الطفل في فترة الحضنة لا تتم إلا بالجمع بين حضنة أمه أو قريباته المحارم وبين إشراف أبيه عليه ، وأن القرآن منع مضارة الأب والأم بسبب ولدهما « لا تضار والدته ولدها ولا مولود له بولده » إذا عرفنا ذلك أدركنا السر في تشريع تلك الأحكام التي تحتم وجود الولد وحاضنته مع أبيه في بلد واحد أو في بلدين قريبين إلا إذا وجدت ضرورة أو أذن الأب في ذلك حتى لا يحرم الولد شفقة أمه ولا رعاية أبيه .

ولهذا لا يجوز للأب أن يخرج الصغير من البلد الذي تقم فيه أمه ما دام في حضانتها إلا بإذنها سواء كان البلد قريباً أو بعيداً ، لأن في هذا الإخراج تقويت حق الأم في حضانتها وحق الولد في عيشه في عطف أمه وحنانها .

فإذا سقط حقها في الحضنة بسبب زواجها من أجنبي أو بغيره ولم تكن التي انتقل إليها حق الحضنة تعيش في هذا البلد فله نقله إلى بلد الحاضنة ، فإذا عاد حقها في الحضنة رده إليها .

وإذا جاز له إخراج الولد من البلد الذي تعيش فيه أمه بعد سقوط حقها في الحضنة قبل يثبت له ذلك مطلقاً سواء كان البلد قريباً أو بعيداً ؟

المذكور في كتب الحنفية رأيان للمشايخ . رأي بالإطلاق ^(١) ، ورأي يقيد بالبلد القريب بحيث تستطيع الأم أن تراه كل يوم ، فقد جاء في الحاوي « ليس للوالد أن يخرج الولد من المصر إلى القرى بغير رضا أمه إذا كان صغيراً » ، ومال ابن عابدين ^(٢) إلى هذا الأخير ، وإذا كان لكل من الأب والأم حق في الولد ورؤيته في فترة الحضنة وقد نفى الشارع المضارة عنها بسببه فقد يكون في

(١) القنارى الأتقونية ص ٩٩ وعبارته في واقعة الفتوى « إذا سقطت الحضنة بالتزويج أو بالاستفتاء فلمم أن يسافر بالولد » .

(٢) رد المختار ج ٢ ص ٨٨٥ .

الأخذ بأحد الرأيين بإطلاق ضرر بأحدهما ، فلو أخذنا بالأول ربما استغل الأب ذلك في حرمان الأم من رؤية ولدها ، ولو أخذنا بالثاني وهو التقييد بالبلد القريب ربما لحق الأب منه الضرر ، فقد يكون عمله يقتضيه السفر إلى البعيد ، فمعنا للأضرار بأحدهما يفوض الأمر إلى القاضي لينظر في خروج الأب والداهي إليه ، فإن رأى أنه مضطر للخروج إلى البلد البعيد من أجل وظيفة أو تجارة أذن له فيه دفعا للضرر عنه ، وإن رأى أنه لا مصلحة له في ذلك قيد به بالقرب لعدم مضارة الأم .

أثر انتقال الحاضنة إلى بلد منعت من الانتقال إليه :

إذا خالفت الحاضنة وانتقلت إلى بلد آخر لا يجوز لها الانتقال إليه فهل يسقط حقها في الحضانة ؟ .

إذا كانت الحاضنة أمًا وهي زوجة أو معتدة كان للأب أن يطلب إليها الرجوع باعتبارها زوجة أو معتدة وليس له أن يأخذ الولد منها ، لأنه يكون لإبطال لحقها في الحضانة مع أنه يستطيع إرجاعها إلى مقر الحضانة .

أما إذا كانت غير ذلك وطلب منها إرجاع الولد إلى البلد الأول ولم تمثل فلم يرد عن فقهاء الحنفية نص صريح بإبطال حق الحضانة أو بقائه وكل ما ورد عنهم أنها ممنوعة من الانتقال ، وأن لأبيه أو أوليه منها من الانتقال ، أو يطلب إليها العودة إلى بلد الحضانة ، ومن هنا كانت موضع اجتهاد القضاة في مصر ، فمنهم من تمسك بالنصوص الفقهية وقال : إن حقها لا يسقط بهذا الانتقال لأنه لم يعد من شروط أهلية الحضانة عدم انتقال الحاضنة فيبقى حقها فيها ومن ثم تستحق الأجرة عليها .

ومنهم من يرى أن حقها يسقط ، لأن عدم النص على كونه شرطًا لا يقتضي إهدار معناه ، لأنها إذا كانت ممنوعة من الانتقال إلى بلد بعيد

إلا إذا كان وطنها الأصلي الذي عقد عليها فيه ، وكان للأب منعها منه فيكون الأثر العملي للانتقال الممنوع هو سقوط حقها في الحضانة ، لأنه لا جائز أن يكون أثر مخالفتها مجرد أن تكون آمنة فقط ، لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتب آثارها عليها في الدنيا لمصلحة الصغير ، ولا جائز أن يكون أثره إجبار الأم على العودة بالقوة إلى بلد الأب ، لأن الأب لا يملك إجبارها إلا في حالتي الزوجية أو العدة وفي غيرها لا سلطان له عليها ، وإذا كانت لا تجبر على الحضانة إلا في حالة تعيينها لها فلا تجبر على بلد معين للحضانة من باب أولى ، فلم يبق لهذه المخالفة من أثر إلا نزاع الولد منها ، ولا يمكن نزاع الولد منها ولها حق حضانتها .

لكن سقوط حقها في الحضانة شيء واستحقاقها الأجر على قيامها بالحضانة شيء آخر ، فإذا انتقلت إلى بلد آخر وقامت بحضانة الصغير استحققت الأجرة على فترة قيامها لأنها قامت بعمل تستحق الأجر عليه .

هذا هو مذهب الحنفية في انتقال الحضانة إلى بلد آخر .

أما المجعفة : فلما كان حق الحضانة عندهم للأم أولاً ثم للأب ثم للجد ثم للأقارب على الترتيب السابق ، وحضانة الأم حتى خالص لها فقد جمعوا في المشهور عندهم أن لها الحق في الانتقال به مطلقاً رضي الأب أو لم يرض إلى بلد قريب أو بعيد مصراً كان أو قرية ما لم يكن في هذا الانتقال ضرر على الوالد أو على الولد ، فإن كانت فيه ضرر لا يجوز إلا إذا رضي الأب .

ولعل مستند هذا الرأي قوله تعالى : « لا تضار المرأة بولدها ولا مولود له بولده » .

وفي قول آخر نقل عن أبي جعفر الطوسي أنه ليس لها الانتقال

بالولد إلى محل تقصر فيه الصلاة ، ولا الانتقال من مصر إلى قرية لأن في السواد يقل تعليمه^(١) . فهو يمنع الانتقال إلى بلد بعيد وجعل حد البعد مسافة قصر الصلاة ، كما يمنع الانتقال به من مصر إلى القرية ، وقد اختار بعضهم هذا الرأي محافظة على حق الأب في الولاية على ولده^(٢) .

وقول الطوسي في جملته قريب من مذهب الحنفية ، ويمكن أن يحمل قوله هذا تفسيراً للقول الأول ، لأنه منع السفر إذا كان فيه ضرر على الولد أو الوالد ، ولا شك أن السفر إلى مكان بعيد فيه ضرر عليهما ، وكذلك الانتقال من مصر إلى القرية لما قاله : إن في السواد يقل تعليمه .

كما قالوا : ليس للأب أن ينتزعه من أمه ويسافر به حال حضانتها ، لأن لها حق الحضانة فلا ينتزع منها مراعاة للحقين^(٣) .
حق رؤية الولد لمن ليس في يده .

وإذا كان الولد عند حاضنته أما كانت أو غيرها فليس لها أن تمنع أباه من رؤيته غير أنها لا تجبر على إرساله إليه في مكان إقامته ، بل عليها أن تخرجه إلى مكان يمكن أن يراه فيه .

وكذلك لو كان عند أبيه لضمه إليه بعد انتهاء حضانتها أو لسقوط حقها في الحضانة لسبب من الأسباب يجب عليه أن يمكنها من رؤيته على الوجه السابق ، لأن لكل منها حقاً في الولد فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر ، ولم يحدد الفقهاء مدة لهذه الرؤية ، ويمكن أن يقال إنها بالنسبة للأب والأم كل أسبوع مرة قياساً على ما قرروه من أن الزوجة لها الحق في الخروج لرؤية أبويها كل أسبوع مرة لملاقة الأصلية والفرعية ، أما غير الأم من أقارب الصغير المعارم فلها رؤيته كل شهر مرة . وهو ما يجري عليه القضاء بمصر .

(١) الأحكام المجفرية م ٣٩٣ ص ١٠٢ .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٩٥ .

(٣) المرجع السابق .

الفصل الخامس

في مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها

مدة الحضانة : تبثديء مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل ، أما انتهاءها فيختلف تبعاً لاختلاف نوع المحضون بالذكورة والأنوثة ، فإذا كان المحضون ذكراً فإن حضانيته تستمر حتى يستغني عن خدمة النساء ، ويستطيع أن يقوم وحده بحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة جسمه ، لأنه بعد ذلك يحتاج إلى التأديب والتعليم والتخلق بأخلاق الرجال ، والأب أقدر على ذلك من الأم وغيرهما من النساء ، وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة الاستغناء بسبع سنين ، وقدرها غيرهم بتسع سنين ، والفتوى في المذهب على التقدير الأول ، لأن الغالب أن الفلام يستغني عن خدمة النساء في حاجاته الخاصة بعد هذه السن .

وقال محمد بن الحسن : إن حضانة الأنثى تستمر إلى سن المراهقة ، وهي السن التي تشتهي فيها لا فرق بين أن تكون الحاضنة الأم والجددة أو غيرها ، والفتوى في المذهب على هذا القول ، لأن البنت إذا بلغت مبلغ الاشتباه احتاجت إلى الحفظ والصيانة ، والرجال أقدر على ذلك من النساء .

وقد اختلف الفقهاء في تقدير هذه السن فقدرها بعضهم بإحدى عشرة سنة ،

وقدورها آخرون يتسع سنين ، وعليه الفتوى .

فالذي عليه الفتوى في المذهب الحنفي هو أن حضانة الصغير تنتهي ببلوغه سبع سنين ، وحضانة الصغيرة تنتهي ببلوغها تسع سنين ^(١) ، والعبارة في ذلك بالنسبة للقمية ، لأنها المهودة في التقديرات الشرعية يعمل بها ما لم يوجد نص قانوني على خلاف ذلك .

وإنما زيدت من الحضانة للفتاة عن سن حضانة الغلام ، لأن الفتاة بعد بلوغها من الاستغناء عن خدمة حاضنتها لا تزال بحاجة إلى البقاء تحت إشرافها لتقوم على تعليمها خدمة البيت وتعودها ما يليق بالمرأة من عادات وأخلاق ، فإذا بلغت من الاشتباه كانت في حاجة إلى من يقوم بصيانتها والمحافظة عليها والرجال أقدر على ذلك من النساء .

وقد كانت المحاكم المصرية تسير على الرأي الملقى به في المذهب الحنفي ، وهو أن سن الحضانة تنتهي بالنسبة للفق ببلوغ سن السابعة ، وبالنسبة للفتاة ببلوغها سن التاسعة . إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص في المادة العشرين منه على أن : « للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك » ^(٢) .

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣١٦ وما بعدها ، تبين الحقائق للزلمي ج ٣ ص ٨ وما بعدها ، البحر الرائق ج ٤ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٢) وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون إن العمل يجري إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسع وهي من دلت التجارب على أنها قد لا يستغني فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان في خطر من ضمهما إلى غير النساء وخصوصاً إذا كان والدهما متزوجاً من غير أمهما . ولذلك كانت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن في ذلك الوقت ، ولما كان المولود عليه في مذهب الحنفي أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهرة ، وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها -

فقد جعل السن الحضانة حداً أدنى وحداً أعلى وترك أمر اختيار أحد السنين إلى تقدير القاضي ، لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفاً فجعل للقاضي حق المدنتين أو بعضها ، وإذا كان القانون قد جعل الحد الأعلى لسن الحضانة بالنسبة للصغير تسع سنوات ، وبالنسبة للصغيرة إحدى عشرة سنة وقوفاً عند أقصى تقدير الفقهاء للسن التي يستغني فيها الصغير عن خدمة النساء ولباوغ حد الشهوة بالنسبة للصغيرة . فيكون القاضي مقيداً بذلك لا يملك تجاوز المدّة عن تسع للصغير وإحدى عشرة للصغيرة .

لكنه عرض عند التطبيق أن وجدت حالات غير عادية يكون الطفل فيها بلغ هذه السن ولكنه لا يزال في حاجة إلى خدمة النساء كالمتوه أو المجنون أو المريض الذي لا يستطيع أن يعمل لنفسه شيئاً وحاجته إلى خدمة النساء لا تقل عن حاجة الصغير الذي بلغ حد التمييز إن لم ترد عليها ، فهل يقف القاضي عند حرفية القانون ويقضي بضمه إلى الرجال ؟ .

بعض القضاة وقف عند هذه الحرفية وامتنع عن إبقائه عند الحاضنة ولو كانت أمه مستنداً إلى أن القانون جعل مجال الفسحة التقديرية للقاضي ليعمل فيها بنظره محددة بسن معينة ولا يملك بعدها إلا إعمال نصوص القانون ولكن أكثرية القضاة نظروا إلى الغرض المقصود من الحضانة والضم بعدها إلى الولي وهو النظر إلى الولد ورعاية مصلحته ، فإذا كان في حالة لا يستغني عن

-الاستثناء بالنسبة للصغير فقدوماً بعضهم بسبع سنين ، وبعضهم قدوماً بتسع ، وقدّر بعضهم ببلغ حد الشهوة بتسع سنين ، وبعضهم قدره بإحدى عشرة سنة رأت الوزارة أن الصلحة داعية إلى أن يكون القاضي حريصاً النظر في تقدير مصلحة الصغير بمد سبع سنين والصغيرة بمد تسع فإن رأى مصلحتها في بقاءها تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير وإحدى عشرة في الصغيرة وإن رأى مصلحتها في غير ذلك قضى بضمها إلى غير النساء .

خدمة النساء تكون مصلحته في البقاء مع حاضنته إلى أن يصل إلى حالة يستغني فيها عن خدمة النساء .

ولأن ظاهراً المذهب لم يحدد سناً معينة لانتهاه الحضانة ، بل ربطها باستغناء الولد عن خدمة النساء ، وتحديد الفقهاء المتأخرين لها كان مبنياً على أن الغالب في هذه السن استغناء الطفل عن خدمة النساء فهو بمثابة معيار مادي لإنهاء هذه المرحلة لمنع النزاع والخلاف فيها ، فإذا جاوز هذه السن ولم يستطع القيام بخدمة نفسه كان الواجب الرجوع إلى السبب الأصلي في ثبوت حق الحضانة وهو حاجة الصغير إلى خدمة النساء .

على أن الفقهاء الذين حددوا السن نظروا إلى الحالات العادية والغالب فيها ، فيكون التحديد غير شامل للصور غير العادية ، ويقال مثل هذا في القانون إنه قصد التحديد بهذه السن في الحالات العادية وهو الأكثر ، ومن المعلوم المقرر شرعاً أن الحالات غير العادية تأخذ الحكم المناسب لها وهو لا يكون إلا مخالفاً للحكم الأصلي ، وعلى ذلك يكون الراجح في نظري : أن الطفل إذا بلغ أقصى سن للحضانة وكان مريضاً أو معتوهاً كان أمره مفوضاً إلى القاضي يختار له الأصلح ، فإن كان بقاؤه مع أمه أصلح له حكم بإبقائه ، وإن كان العكس حكم بانتهاه الحضانة .

أما المذهب الجعفري . فالمشهور فيه أن مدة الحضانة للأم بالنسبة للفتاة سنتان وهي أقصى مدة للرضاع وبعدها يضم إلى الأب إن كان موجوداً ، فإن لم يكن موجوداً أو غير أهل بقي مع أمه لأنه لا حق لغيرها في الحضانة ما دامت موجودة وعندها أهلية للحضانة ، أما الأنثى فمدة حضانتها أمها لها تمتد إلى سبع سنين في المشهور ، وفي قول غير مشهور إن حضانتها للفق تمتد إلى سبع سنين ، وللفتاة إلى تسع سنين .

الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة.

إذا انتهت مدة حضانة النساء سلم الولد ذكرًا كان أو أنثى إلى الأب إن كان موجوداً وعنده أهلية لضم الولد إليه ، فإن لم يكن موجوداً أو كان موجوداً غير أهل لذلك الضم انتقل الحق إلى غيره من العصبات الأقرب فالأقرب بترتيبهم السابق في استحقاق الحضانة مع ملاحظة أن الأنثى لا تسلم إلى عاصب غير محرم كإبن عمها مثلاً ، لأنها تكون في سن تشتهي وهي لا تحرم عليه فيكون في وجودها معه خطر عليها ، أما الغلام فلا خطر في ضمه إلى العاصب غير المحرم .

وهذا الضم لا خيار فيه للأب ولا للعاصب ولا للولد لأن الشارع هو الذي حكم بذلك لما فيه من المصلحة ، وليس لأحد الخيار فيما قضى به الشارع .

ويبقى الغلام عند من ضم إليه حتى يبلغ مأموناً على نفسه ، فإذا بلغ غير مأمون على نفسه بقي عند من ضم إليه حتى يصير مأموناً . أما البنت فلإنها تبقى في يد من ضمت إليه حتى تتزوج ، فإذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم إن كانت بكراً يخشى عليها الفتنة ولو كانت أمينة على نفسها ، وكذلك إذا كانت ثيباً غير مأمونة على نفسها ، فإذا أمنت الثيب على نفسها ، وتقدمت السن بالبكر وصارت ذا دراية وحكمة وعرف عنها العفة صارت أحق بنفسها ، وليس لأحد جبرها على المقام معه .

هذا عند الحنفية .

أما المذهب الجعفري : فإن الغلام بعد السنتين مدة حضانة أمه يضم إلى أبيه إن كان موجوداً وأهلاً للضم ، فإن لم يكن بقي مع أمه لأنها أحق به من الجد والوصي ، ويحبر الطفل على البقاء مع من ضم إليه إلى البلوغ ، فإذا بلغ عاقلاً كان بالخيار في البقاء أو الانفرد بنفسه .

أما البنت فبعد انتهاء حضانة أمها بسبع سنين وهو الرابع ، أو تسع سنين ،
أو إذا تزوجت الأم على ما ذهب إليه الطوسي تضم إلى أبيها وتجبر على البقاء
معه إلى أن تصير مأمونة على نفسها سواء كانت بكراً أو ثيباً ، وبعد ذلك
لا تبقى مع وليها الذي ضمت إليه إلا برضاها وإن كان يكره مفارقتها لمن ضمت
إليه حتى تتزوج .

★ ★ ★

الباب الرابع

في الولاية (١)

وفيه فصلان

قدمنا في الفصل الأول من هذا الكتاب في بحث الولاية في الزواج تعريف الولاية ، وأنها تننوخ إلى نوعين . ولاية قاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله ، ومتعدية وهي ولاية الشخص على غيره ، وأنها نوعان . ولاية على النفس ، وولاية على المال ، وتكلمنا هناك عن الولاية في الزواج وهي من الولاية على النفس ، وموضوع كلامنا هنا الولاية المتعدية بتوعيها ، وسنطه لكل نوع فصلاً خاصاً .

(١) من أهم مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٥ ، والبدائع ج ٥ ، والبيوط ج ٢ ، تبين الحقائق ج ٥ . والهداية وحاشية العناية ج ٨ ، رد المحتار لابن هابدين ج ٢ ، وجامع الفصولين ج ٢ ، أحكام الصغار على هامش جامع الفصولين ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ، نهاية المحتاج ج ٦ ، مفتاح الكرامة ج ٥ ، المروة الوثقى ج ٢ ، فقه الامام جعفر ج ٥ الأحكام الجفرية . شرائع الاسلام ج ١

الفصل الأول

في الولاية على النفس

ويراد بها هنا : سلطة الولي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صيانته وحفظه^٤ وتأديبه وتعليمه العلم أو الحرفة وتزويجه .

ولما كان الطفل بعد انتهاء فترة الحضانة عاجزاً عن القيام بتلك الأمور بنفسه حيث لا يدرك وجه المصلحة فيها كان في أشد الحاجة إلى من يقوم بها ، ويسمى ذلك الشخص بالولي .

ولما كان مدار ثبوتها عجز المولى عليه عن إدراك وجه المصلحة فيما يحتاج إليه ثبتت على كل عاجز سواء كان صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو معتمداً .

فتثبت على الصغير حتى يبلغ عاقلًا مأموناً على نفسه ، وعلى الصغيرة والكبيرة حتى تتزوج أو تتقدم بها السن وتصبح مأمونة على نفسها بكرراً كانت أو ثيباً ، كما تثبت على المجانين والمعتاهي حتى تزول علتهم .

من تثبت له هذه الولاية ؟

تثبت الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من العصبات الذكور ، وهم أصوله من الأب والجد أبي الأب وإن علا ، وفروعه من الأبناء وأبناء الأبناء ، وفروع الأبوين من الأخوة الأشقاء والأخوة لأب وأبنائهم ، وفروع الأجساد وهم الأعمام وأبناؤهم ، غير أن الولاية على الأنثى لا تكون إلا للعاصب المحرم فلا تثبت لابن العم ، فإن لم يوجد من العصبات غيره أبقاها القاضي عند حاضنتها أو اختار لها شخصاً أميناً وضعها عنده .

وتثبت الولاية لهؤلاء على حسب ترتيبهم في الميراث . فالفروع ثم الأصول ثم الأخوة وأبناؤهم ، ثم الأعمام وأبناؤهم بالنسبة لغير الصغار ، أما الصغار فثبتت الولاية عليهم أولاً للأصول لعدم وجود أبناء يصلحون للولاية ، فإن لم يوجد إلا واحد كانت الولاية له ، وإن تمددوا قدم الأقرب ، وإن تساوا في الدرجة قدم الأقوى قرابة كالأخ الشقيق على الأخ لأب ، والعم الشقيق على العم لأب ، فإن تساوا في الدرجة وقوة القرابة تثبت لهم جميعاً ، ويختار القاضي أحلهم للولاية . هذا في ملهـب الحنفية .

أما الملـهـب الجعفري : فالولاية على النفس تكون للأب والجد الصحيح وإن علا في مرتبة واحدة على الصغير والمجنون الذي اتصل جنونه بالصغر ، فلكل منها أن يتصرف مستقلاً عن الآخر ، وأياً سبق الآخر قدم المتقدم وألغى المتأخر ، وإن تشاحا بأن تصرفا معاً أو لم يعلم أسبقها قدم تصرف الجد ، وإن فقدا معاً كانت الولاية على الصغير والمجنون لوصي أحدهما ، ووصي الجد أولى من وصي الأب ، فإن لم يكن أحد من هؤلاء فالولاية للعالم الشرعي ، ولا ولاية لغير هؤلاء من العصبات أو غيرهم (١) .

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٥٥ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٠٣ .

أما المجنون الذي طرأ جنونه بعد الرشد فالولاية عليه للحاكم في المشهور عندهم ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت والساقط لا يعود .

وهذه الولاية كما أنها حق للولي هي أيضاً حق للمولى عليه ، فإذا امتنع الولي صاحب الحق عن أخذ الصغير بعد انتهاء من الحضانة ولم يوجد من يحل محله في ذلك أجبر على أخذه (١) .

متى تنتهي هذه الولاية ؟

تنتهي هذه الولاية بالنسبة للفق بالباوغ بالعلامات الطبيعية (٢) ، فإن لم تكن فبالسن وهو خمس عشرة سنة عند جماهير الفقهاء ، وهو ما يجري عليه العمل في القضاء ، لأنه الراجح في مذهب الحنفية وبه تقول الجعفرية ، فإذا بلغ بأحدهما (٣) وكان مأموناً على نفسه انتهت هذه الولاية ، وكان له الخيار في الإقامة مع وليه أو الانفرد عنه في السكنى كما يقول الفقهاء .

أما الفتاة فلا تنتهي الولاية عليها بالباوغ بل تستمر إلى أن تتزوج أو تتقدم

(١) وقد نص قانون الزوجيات اللبناني في المادة - ١٠٢٧ - على أن هذا الحق لا يجوز المصالحة عليه باعتباره من الأمور المختصة بالأحوال الشخصية ، كما أيده قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة - ٨٠٩ - بضمانة عملية حيث يجوز حبس المحكوم عليه الذي يرفض تسليم الولد الغاصر إلى الشخص الذي عهد إليه بحفظه لديه بموجب حكم قضائي. للبادي الشرعية والقانونية ص ٦٧ .

(٢) وهي الاحتلام في كل من الفتي والفتاة ، والحيض في الفتاة ، وأنبث المانة وهي شعر أسود ينبت عند البلوغ حول الفرج . يدل لذلك ما رواه أحمد والنسائي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عرض عليه بنو قريظة فعصم يقتل من كان محتلاً أو أنبت عاتته ومن لا ترك . نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦٢ .

(٣) نص قانون نظام أموال الأيتام اللبناني في المادة الثانية على أن أحكام الشرع منوعون من سماع دعوى البلوغ من لا يكملوا الخامسة عشرة من العمر ، وهذا يسدل على أن المبرة في البلوغ بالسن أما البلوغ بالعلامات الطبيعية فلا اعتبار لها قبل هذه السن .

بها السن حتى تصير مأمونة على نفسها فلها أن تنفرد بالسكنى أو تسكن مع أمها .

شروط الولي على النفس :

يشترط في من تثبت له الولاية على النفس الشروط الآتية .

١ - أن يكون بالغاً عاقلاً ، لأن غير البالغ العاقل لا ولاية له على نفسه بل هو محتاج لمن يلي عليه .

٢ - أن يكون قادراً على القيام بما تتطلبه الولاية من أعمال ، فلو كان عاجزاً لا يكون أهلاً لها .

٣ - أن يكون أميناً على المولى عليه في نفسه ودينه ، فلو لم يكن أميناً بأن كان فاسقاً مستهتراً لا يبالي بما يفعل لا يكون أهلاً للولاية ، لأنها شرعت لمصلحة الصغير وليس من مصلحته أن يوضع عند هذا الفاسق لأنه يخشى عليه أن يتخلق بأخلاقه ، وكذلك لو كان مهملًا كأن يترك الصغير مريضاً بلا علاج أو يحرمه من التعليم وعنده استعداد له ، فإذا كان كذلك انتقلت الولاية إلى من يليه من الأولياء بحفاظة على مصلحة الصغير .

٤ - أن يكون متحداً مع المولى عليه في الدين ، لأن اختلاف الدين يؤثر في رابطة القرابة الموجودة بينها فيتعرض الصغير لخطر التأثر بدين وليه ، فلو كانت الولاية للأخوة وكان للصغير أخوان أحدهما موافق له في الدين والآخر يخالفه فيه كانت الولاية للموافق في الدين .

وهذا الشرط في غير القاضي ، لأنه نائب عن الحاكم صاحب الولاية على جميع الرعايا مسلمين وغير مسلمين ، وكما تشترط هذه الشروط في ثبوت الولاية ابتداء يشترط بقاؤها طوال مدة الولاية ، فإذا تغير شرط منها سلبت الولاية منه لأنه أصبح غير أهل لها .

والمذهب الحنفي قريب من المذهب الحنفي فيشترط في الولي أو الوصي البلوغ والرشد والاتحاد في الدين .

سلب الولاية :

لا تسلب الولاية فقها إلا إذا فقد الولي شرطاً من الشروط السابقة وهو ما كانت تسير عليه المحاكم في مصر باعتباره الراجح في المذهب الحنفي إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ المنظم لأحكام الولاية على النفس ففصل أحكام سلب الولاية فجعل الحالات التي تسلب فيها الولاية نوعين .

أولها : حالات يجب فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق .

وثانيها : حالات لا يجب فيها سلب الولاية بل يجوز الحكم بسلبها كما يجوز الاكتفاء بالحكم بوقف كل حقوقها أو بعضها ، كما يكون ذلك بالنسبة لكل من تشملهم الولاية أو بعضهم فقط .

أما الحالات التي يجب فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق فهي كما جاء بالمادة الثانية .

١ - إذا حكم على الولي في جريمة وقعت منه على أحد من تشملهم الولاية من جرائم الاغتصاب أو هتك العرض أو الجريمة بما نص عليه في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

٢ - إذا حكم عليه في جنابة وقعت منه على نفس أحد المشمولين بوليته ، أو حكم عليه بجنابة وقعت من أحدهم .

٣ - إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨

لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا كانت الجريمة على غير المشمولين بولايته .

وإنما وجب سلب الولاية في تلك الحالات لأن الولي لم يعد أهلاً للولاية لانعدام أمانته التي هي أساس أهلية الولاية ، ولذلك تسلب ولايته عن وقعت عليه الجريمة وعن غيره إن كان في ولايته غيره مطلقاً في الحالتين الأولى والثالثة ، أما في الحالة الثانية فإنها تسلب وجوباً عن الآخرين إلا إذا كانوا من فروعه فإنها تفوض إلى القاضي فإن رأى خطراً في بقاءها سلبها وإلا أبقاها عليهم .

وإنما استثنيت تلك الصورة لأن انعدام الشفقة على غير الفروع لا يانزم منه حتماً انعدامها بالنسبة للفروع .

أما الحالات التي لا يتحتم فيها سلب الولاية فنصت عليها المادة الثالثة من هذا المرسوم بقانون وهي تقول في مطلبها : « يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية في الأحوال الآتية :

١ - إذا حكم على الولي بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . وحكمة هذا ظاهرة لأن الولي إذا حكم عليه بذلك فلن يتمكن من القيام بأعمال الولاية فلا فائدة للأبقاء للصغير تحت ولايته .

٢ - إذا حكم عليه لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة إذا كانت الجريمة وقعت على غير من تشملهم الولاية وكان هذا الحكم لأول مرة .

٣ - إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسم متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية .

٤ - إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بولايته داراً مسن دور الاستصلاح وفقاً للمادة - ١٦٧ مسن قانون العقوبات أو طبقاً لنصوص قانون الأحداث المشردين .

٥ - إذا عرض الوالي صحة أحد من المشمولين بولايته للخطر ، أو عرض سلامته أو أخلاقه أو تربيته لذلك بسبب سوء معاملته أو سوء خلقه وقدرته نتيجة اشتهاؤه بفساد السيرة أو الأدمان على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر ضد الوالي حكم بسبب تلك الأفعال .

وأجاز القانون للمحكمة في الحالتين الرابعة والخامسة أن تمهد إلى وزارة الشؤون الاجتماعية بالأشراف على تربية الصغير وتعليمه بدلاً من سلب ولايته إذا رأت مصلحة الصغير في ذلك .

كما أجاز للوزارة أن تمهد بهذا العمل إلى أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض ، وإذا لم تتحقق الفائدة المرجوة من هذا الأشراف لسبب يرجع إلى الوالي جاز رفع الأمر للقضاء لسلب الولاية أو وقفها .

وإذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بالصغير إلى من يلي من سلبت ولايته أو وقفت ، فإن امتنع أو لم تتوافر فيه شروط أهلية الولاية جاز للمحكمة أن تمهد بالصغير إلى أي شخص أمين عليه ولو لم يكن قريباً له ما دام حسن السيرة صالحاً للقيام بتربيته أو أن تمهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المختصة بذلك .

وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تقوض من عهدت إليه بالصغير مباشرة الحقوق التي حرم منها الوالي كلها أو بعضها .

وإذا قضت المحكمة بالحد من الولاية بأن وقفت الوالي عن بعض حقوقها

فوضت مباشرة الحقوق التي حرمت الولي منها إلى أحد أقارب الصغير أو أي شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة اجتماعية على حسب ما فيه مصلحة الصغير.

هل يجوز إعادة الولاية المسلوقة ؟

أجاب هذا المرسوم بقانون في مادته الحادية عشرة (١) عن هذا التساؤل فصرح بأنه لا يجوز إعادة الولاية المسلوقة إذا كان الحكم على الولي في الحالة الأولى من حالات وجوب سلب الولاية .

وأجاز إعادتها فيما عدا ذلك في بعض الحالات إذا طلب ذلك الولي بعد رد اعتباره ، وفي بعضها يمضي ثلاث سنوات فأجاز إعادتها بعد الطلب ورد الاعتبار له إذا كان سلبها مبنياً على الحالتين الثانية والثالثة من حالات وجوب سلب الولاية ، أو بناء على الحالات الثلاث الأولى من حالات جواز سلب الولاية .

فإن كان سلبها بناء على الحالتين الرابعة والخامسة من حالات جواز سلب الولاية جاز للولي استرداد حقوقه التي سلبت منه إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

هذا ولم ينفرد القانون المصري بذلك بل شاركه القانون اللبناني في أكثر تلك الحالات .

فالولاية تسقط - فوق سقوطها بفقد الولي شرطاً من شروط أهلية الولاية

(١) ونصها : « يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقاً للبند ٢٠٢ من المادة الثانية ٠ أو سلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها وفقاً للبند ٢٠١ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ من المادة الثالثة أن يطلبوا استرداد الحقوق التي سلبت منهم إذا رد اعتبارهم ، ويجوز أيضاً في الأحوال النصوص عليها في البندين ٥٠٤ من المادة الثالثة إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية » .
ونلاحظ أن كلا من الرسمين بقانون ١١٨ ، ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد نصا على أنه يقترب على سلب الولاية على النفس سقوطها بالنسبة إلى المال بحكم القانون دون أن يحتاج إلى صدور حكم بسقوط الولاية على المال .

وبإتمام الصغير سن البلوغ وهو ثنائي عشرة سنة^(١) - بمقتضى قانون العقوبات اللبناني (المواد ٩٠ - ٩٣) كمقوبة اختيارية تحكم بها المحاكم الجزائية على الولي أو الوصي لدى الحياة أو لأجل يتراوح بين ثلاث سنوات وخمس عشرة سنة في الأحوال الآتية .

١ - إذا حكم على الولي أو الوصي بمقوبة جنائية وتبين أنه غير جدير بممارسة سلطته على الصغير .

٢ - إذا حكم على الولي أو الوصي بمقوبة جنائية أو جناحية من أجل جريمة اقترفها بحق الصغير أو بالاشتراك معه .

٣ - إذا اقترف الصغير جناية أو جنحة تسببت عن تهاون الولي أو الوصي في تربيته أو عن اعتياده أعمال مراقبته .

وعلاوة على ذلك نص القانون ذاته على أن تدابير الإصلاح التي يحكم بها على القاصر توجب تعليق حق الأب أو الأم أو الولي في حفظه وتربيته ففي هذه الحالة يمارس حق الحراسة والتربية باسم محكمة الأحداث الشخص المختار أو رب الصبية أو مدير المؤسسة أو مدير الإصلاحية أو مدير المعهد التأديبي الذي سلم إليه القاصر (المادة ١٢٧)^(٢) .

(١) فقد نص قانون حقوق العائلة على أنه يشترط لأهلية الزواج أن يكون الخاطب في سن الثامنة عشرة فأكثر والمخطوبة في سن السابعة عشرة فأكثر وهذه السن موافقة لقول أبي حنيفة وابن عباس ، ونص قانون الوجبات والمقود اللبناني في المادة (٢١٥) على أن أهلية الالتزام هي تمام الثامنة عشرة وهي موافقة لرأي الإمام مالك في الذكر والأنثى ، كما نص قانون تنظيم القضاء الشرعي الجديد في المادة (٣٨٩) على أن فقدي الأهلية الحاضرين لولاية المحكمة الشرعية هم الأيتام دون الثامنة عشرة من عمرهم قبل أن تقرر المحكمة بلوغهم سن الرشد .

(٢) المبادئ الشرعية والقانونية للدكتور صبحي محصاني ص ٦٢ ، ٦٣ .

الفصل الثاني

في الولاية على المال

يراد بالولاية على المال : السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والأجرة والرهن والأعارة وغيرها .

وهذه الولاية تثبت على العاجزين عن تدبير شئونهم المالية من الصغار والمجانين والمعتايه باتفاق الفقهاء ، كما تثبت على السفهاء وذي الغفلة عند جاهلهم للفقهاء خلافاً لأبي حنيفة .

أما الصغير : فيمر بمرحلتين حتى يبلغ . المرحلة الأولى : مرحلة عدم التمييز وتنتهي عادة ببُلُوغ سن السابعة وفي هذه المرحلة تكون الولاية عليه عامة ، فجميع التصرفات لوليه ، لأن الصغير فيها لا إدراك له ولا تمييز ومن ثم لا تكون له عبارة معتبرة ، فأبي تصرف يصدر منه يكون باطلا .

فإذا بلغ سن السابعة من عمره ^(١) بدأت المرحلة الثانية وهي مرحلة التمييز

(١) ولعل السند للفقهاء في تحديد سن التمييز بسبع سنين قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « مررا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لشر وفرقوا بينهم في المضاجع » فإن الأمر بالصلاة لا يكون لمن له تمييز ليمتاعها فيها بعد .

وفيها يدرك الفرق بين النافع والضار بصورة إجمالية ، كما يعرف معاني العقود إجمالاً ، فيدرك أن معنى بعت إخراج الشيء من حيازته ، ومعنى اشتريت إدخال المشتري في حيازته ، فيتحقق له هذا أهلية للتصرف لكنها ناقصة يحتاج معها إلى رأي وليه ، ومن هنا قرر فقهاء الحنفية إن تصرفاته في هذه المرحلة ثلاثة أنواع :

١ - تصرفات نافعة نفصاً محضاً . كقبول الهبة أو الهدية ، وهذه تصح منه وتنفذ ولا تتوقف على إذن وليه .

٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً كهبه ماله وأهدائه وإبراء المدين له من الدين وإقراره بالدين ، وهذه باطلة لا تنفذ حتى ولو أجازها وليه ، لأن الولي لا يملكها ابتداء فلا يملك تملكها لغيره بالإجازة .

٣ - تصرفات مترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة وعقود المعاوضات كلها ، وهذه تصح باعتبار ما عنده من إدراك وتمييز وأهلية ناقصة ، ولكنها تتوقف على رأي الولي ^(١) . إن أجازها - في حدود ما يملكه من الولاية - نفذت لظهور أن نفعها أكثر من ضررها ، وإن ردها بطلت لظهور أن ضررها أكبر وتستمر هذه المرحلة إلى البلوغ ، وهو يكون بالعلامات الطبيعية إن وجدت وبالسنة إن لم توجد ، وهو مقدر عند جمهور الفقهاء بخمس عشرة سنة ، وعليه العمل في القضاء ، وخالف أبو حنيفة فجعله ثمانين سنة للفتى ، وسبع عشرة

(١) قانون الرجيسات اللبناني م ٢١٦ ينص على أن تصرفات المميز التي لا تخضع لأجراء معاملة خاصة تعتبر قابلة للإبطال بناء على طلبه أو طلب وليه أو ورثته ولكن بشرط إثبات وقوع التين في العقد . وإذا كان العقد الذي أنشأه القاصر يخضع لصيغة معينة كوجوب موافقة المحكمة المدنية على عقد المقاصة مع القاصر أو غير ذلك من الصيغ والشروط فالإبطال واقع من جراء ذلك دون أن يلزم المدعي بإثبات وجود التين ، فلم تعد تصرفاته موقوفة على إجازة الولي بل على عدم وجود التين في النوع الأول فهي قابلة للإبطال فيه ، وفي الثاني باطلة إذا لم راع الصيغ الخاصة المطلوبة قانوناً .

سنة الفتاة ، وجعله مالمك ثنائي عشرة سنة لها استناداً لقول ابن عباس في تفسيره لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده » الأنعام - ١٥٢ فقد فسر أشد اليتيم بثنائي عشرة سنة فكان حد البلوغ بالسن ، ولكن أبا حنيفة أنقص الفتاة سنة لأنها أسرع إلى البلوغ عادة من الفتى .

أما الجمهور فقد استندوا إلى ما رواه الجماعة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يُعزني ، وعرضت عليه يوم الحندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني » (١) .

فأجازة الرسول وإذنه بالقتال وهو ابن خمس عشرة سنة دليل على أن أدنى سن للبلوغ مبلغ الرجال هو ذلك (٢) .

وإذا بلغ عاقلاً كملت أهليته ولكن لا يسلم إليه المال إلا إذا ثبت رشده ، وهو الأحسان في التصرف في المال بحيث لا ينفقه إلا على مقتضى العقل والشرع ،

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٨٢ . ومعنى الأجازة الأذن بالخروج للقتال من أجله إذا أمضاه وأذن له .

(٢) الجعفرية جعل هذه السن للبلوغ الفتى وهي الرواية المشهورة عندهم وفي رواية من ثلاث عشرة إلى أربع عشرة وفي ثالثة إذا بلغ عشرًا وكان بصيرًا كما في شرائع الإسلام ج ١ ص ٤ ٢ والمختصر المنافع ص ١٦٤ . ولعل هذه الرواية هي سند منهم من انعقاد تصرفات الصغير ولو كان عيرًا ألا إذا بلغ عشر سنوات وتصرف في وجوه الخير كما جاء في مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٤٩ ، ص ٢٥٢ .

أما سن البلوغ الفتاة فهو تسع سنين قولاً واحد كما في المراجع السابقة ، وفي فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٦٩ بعد أن قرر ذلك على عليه في هامش هذه الصفحة بقوله : « والفقهاء الجعفري لم ينفرد بهذا ففي كتاب ابن عابدين وهو من أهم المراجع في المذهب الحنفي » وأدنى مدة البلوغ للذكر اثنتا عشرة سنة وللأنثى تسع سنين وهو المختار كما في أحكام الصغار اهـ .

وبمن نقول : إن قول الحنفية هذا ليس في مقام اثبات البلوغ بالسن وإنما في مقام آخر وهو أدنى سن تصدق فيه دهوى البلوغ من الفتاة بدليل مقابله وهو اثنتا عشرة سنة في الفتى ، أما البلوغ بالسن إذا لم توجد العلامات الطبيعية فهو خمس عشرة سنة لها عند الصالحين وهو المقتضى به .

وما دام لم يسلم إليه ماله تبقى الولاية المقيدة لتصرفاته فلا يتصرف إلا بالأذن .

ولم يجدد الفقهاء للرشد سناً معينة ، لأنه أمر يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، بل وكلوا ذلك إلى التجربة والاختيار وهو قول الصاحبين من الحنفية والجعفرية ، أيضاً وزادوا أنه يثبت بشهادة رجلين عدلين في الذكور والأناث وبشهادة النساء وحدهن أو مع الرجال في الأناث فقط .

وسند هذا الرأي قوله تعالى : « ولا تؤولوا أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً ، وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » النساء - ٥ ، ٦ فإذا ثبت الرشد بالفعل سلم إليه ماله .

وذهب أبو حنيفة إلى أن ذلك يستمر إلى خمس وعشرين ، فإذا بلغها سلم إليه ماله وإن لم يرشد بالفعل ، لأن الغرض من منع المال عنه تهذيبه وتأديبه بصورة حسية ، فإذا بلغ هذه السن ولم تعد التجارب معه لم يكن هناك أمل في ذلك ، وحينئذ يدور الأمر بين منع ماله عنه وفيه إهدار لكرامته وهو عاقل وبين دفع المال إليه والمحافظة على كرامته كإنسان ، وإذا دار الأمر بين الإنسانية والمال رجحت كفة الإنسانية ومنع الحجر عليه ، ولأنه يكون في هذه السن إمكان أن يكون جداً وأنا أستحي أن أحجر عليه .

ولأنه غاطب بالتكاليف الشرعية مأمور بالوفاء بالمعقود في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » المائدة - ١ وفي الحجر عليه معارضة لهذه الآية

ولكن الراجح هو رأي الجمهور لقوة أدلته السابقة مع أن القرآن صرح بأن لسفيه ولياً في قوله سبحانه في آية المدينية في سورة البقرة - ٢٨٢ « فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل » فقد جعل للسفيه ولياً يتصرف عنه .

ولأن الحجر على السفية فيه مصلحة له من المحافظة على ماله الذي يمتد إلى ورثته من بعده ، فلو ترك يتصرف فيه لأضاعه وأصبح عالة على المجتمع .

وإذا كان الفقهاء لم يحددوا سناً معينة فقد حدد القانون الوضعي للرشد المالي سناً معينة إذا بلغها الشخص كان رشيداً وارتفعت الولاية عنه وسلم إليه ماله إلا إذا ثبت من تصرفه ما يقتضي الحكم بإبقاء الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد ، فحددها القانون المصري بأحدى وعشرين سنة ميلادية والقانون اللبناني بثنائي عشرة سنة وقد جعلها سناً للبلوغ والرشد معاً .

وفائدة هذا التعدد تظهر في سهولة التطبيق القضائي واستقرار المعاملات المالية .

أما المجنون : وهو عديم العقل فيأخذ حكم الصغير قبل سن التمييز إذا كان جنونه مطبقاً أو متقطعاً في حال الجنون ، أما في حال الإقامة فهو كالعقل .

أما المعتوه : وهو قليل الفهم فاسد التدبير غتلتط الكلام فيأخذ حكم الصغير بعد سن التمييز .

وأما ذو القفلة : وهو الذي لا يتدي إلى التصرفات النافذة ويبقى في البياعات لضنف إدراكه فيأخذ حكم السفية . وهو البالغ العاقل غير الرشيد يحجر عليه ويمنع عنه ماله .

من تثبت له الولاية المالية :

تثبت الولاية المالية على الصغير عند الحنفية للأب ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا ، ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للقاضي

ثم لوصي القاضي^(١) .

فهي تثبت للأب أولاً ، فإن لم يوجد وكان قد اختار وصياً ليدبر شئون أولاده المالية ثبتت لهذا الوصي وإن كان الجدد موجوداً ، وكذلك إذا اختار وصي الأب وصياً يقوم بدله ، فإن لم يوجد هذا الوصي أو كان وتوفي كانت الولاية للجد ، ثم من بعده لوصيه ولوصي وصيه إن وجد ، فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كانت الولاية للقاضي الذي يعين في الغالب وصياً يتولى ذلك الإشراف .

وتقدم الأب على غيره أمر طبيعي لأنه أشق الناس على أولاده وأحرصهم على مصالحهم ، وكان وصي الأب مقدماً على الجدد لأن اختيار الأب وصياً مع وجود الجدد دليل على أنه أولى من الجدد ، لأنها تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يتميز بها الجدد عن الوصي ، وإرادة الأب في شئون ولده محترمة في حياته فكذلك تحترم بعد وفاته .

هذا وليس لأحد من العصبات غير الأب والجد حق في الولاية على المال إلا إذا جاءت بطريق الوصاية من الأب والجد أو الاختيار من القاضي وكذلك لا حق للنساء إلا من هذا الطريق^(٢) .

(١) أما المالكية والحنابلة فتثبت الولاية عندهم للأب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم وصيه فلم يجعلوا للجد أصالة وإن كان يصح أن يكون وصياً من قبل الأب أو القاضي قالوا : لأنه لا بدلي إلى الصغير بنفسه وإنما بدلي إليه بالأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ . أما الشافعية فجعلوها أولاً للأب ثم للجد ثم لوصي من تأخر موته منها ثم القاضي ثم لمن يقيه وصياً ، لأن الجدد عندهم يتزل منزلة الأب عند عدمه لوفور الشفقة عنده مثل الأب ولذلك ثبت له الولاية في التزويج فتثبت ولايته في المال أيضاً .

(٢) وبهذا تفارق الولاية على المال عن الولاية على النفس فالأولى شقة الدائرة والثانية دائرتها أوسع فتشمل كل العصبات بل تمتداهما إلى غيرهم من ذوي الأرحام من الرجال والنساء عند أبي حنيفة . ولهذا قد تجتمع الولاياتان لشخص واحد وقد تنفرد إحداها عن الأخرى فيكون للمال ولي والنفس ولي آخر في وقت واحد كالأخ مع الوصي عند عدم الأب والجد .

أما الجعفرية : فالولاية على المال عندهم كالولاية على النفس تكون للأب والجد وإن علا في مرتبة واحدة يشتركان فيها على ما بيناه فيما سبق ، ثم لوصي أحدهما مع فقد الآخر ثم للقاضي ، وله أن يعين وصيا إذا آلت الولاية له .^(١)

أما الولاية على المجنون والمعتوه : فإذا كان المجنون أو العته مصاحباً للبلوغ فإن الولاية تكون للأولياء السابقين لأنها كانت ثابتة بسبب الصغر ولم يوجد ما يقتضي رفعها فتستمر إلى الأفاقه قولاً واحداً في المذهب الحنفي .

أما إذا بلغ الصغير عاقلاً سليماً ثم طرأ عليه الجنون أو العته بعد رفع الولاية عنه فالراجح في المذهب الحنفي عود الولاية إلى الولي السابق لوجود المعجز المقتضي للولاية وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه .

ويذهب زفر إلى أن الولاية تكون للقاضي ابتداء ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت بالبلوغ مع العقل والساقط لا يعود .. لكن هذا غير مقبول ، لأنه لا يعقل أن تكون الولاية للقاضي مع وجود الأب أو الجد وأهليتهما متحققة وشفقتها متوفرة ، والقاضي لا يتولى ذلك بنفسه بل إنه يتولاه بواسطة الوصي ، فلا يعقل أن يعين وصياً أجنبياً مع وجود واحد منها .

والجعفرية : يفصلون كذلك بين المتصل بالصغر والطارئ ، ففي المتصل تكون الولاية للأب والجد قولاً واحداً ، وفي الطارئ المتجدد بعد الرشد فالولاية للحاكم ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت والساقط لا يعود إلا بدليل كقول زفر السابق .

وقال صاحب الجواهر وصاحب مفتاح الكرامة : الأحوط توافق الجد والأب مع الحاكم . أي أن التصرف بمال المجنون الذي انفصل جنونه عن صغره يكون برأي الجميع .

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٥٥ ، العروة الوثقى ج ٢ ص ٤٠٦ .

أما الولاية على السفه وفي الغفلة : فتثبت أيضاً للأولياء السابقين إذا كان السفه والغفلة متصلين بالصغر عند محمد بن الحسن ، وعند أبي يوسف تكون للقاضي ابتداء .

أما إذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه السفه أو الغفلة فإن الولاية تكون للقاضي الذي يعين قبا يتولى سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته ، لأن الحجر للمحافظة على أموالهما لا لتقص أهليتهما ، والنظر في مثل هذه الحالة للحاكم الذي ينوب عنه القاضي .

والجعفرية يفصلون أيضاً بين المتصل بالصغر والطاري ، ففي السفه الطاريء تكون الولاية للحاكم دون الأب والجد قولاً واحداً ، واختلفوا في المتصل بالصغر على قولين . أحدهما تكون للأب والجد استصحاباً للولاية السابقة ، وثانيهما أنها تكون للحاكم ^(١) . فهو متفق في هذا مع مذهب الحنفية .

هؤلاء هم أصحاب الحق في الولاية على المال في مذهبي الحنفية والجعفرية وعليها العمل في المحاكم السنية والجعفرية في لبنان .

أما في مصر فقد كان يجري العمل في القضاء على مذهب الحنفية إلى أن صدرت تشريعات وضعية عدلت بعض أحكام الولاية كان آخرها المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ المنظم لأحكام الولاية على المال فقيد دائرة الأولياء وأصبح عمل المحاكم الحسبية يقتضاه .

فادته الأولى تنص على أن الولاية للأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنصع عنها إلا بإذن المحكمة .

(١) شرائع الإسلام ج ١ ص ٢٠٥ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٠٥ .

والمادة ٢٩ منه تنص على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو المحل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصيا » .

ومن هاتين المادتين يكون القانون قد ضيق دائرة الولاية على المال وجعلها للأب ثم لوصيه ويسمى الوصي المختار ، فإن لم يكن واحد منها تكون للجد ثم من بعد الجد للقاضي يتوب عنه وصيه .

فقد ألغى وصي وصي الأب كما ألغى وصي الجد ووصيه ، ولم يجعل حق الأيضاء إلا للأب وللقاضي ، وفي المذاهب الأخرى منعت لهذا الألفاء ^(١) .

كما أنه جعل تلك الولاية إلزامية لمن ثبتت له لا يجوز له التنحي عنها إلا بإذن من المحكمة محافظة على مصلحة الصغير لتستطيع المحكمة عند الاستئذان في التنحي أن تتخذ من الإجراءات ما يكفل مصلحة المولى عليه إذا وجدت سبباً يدعو إلى التنحي كالشيخوخة أو المرض المعجز عن مزاوله أعمال الولاية . ولأن ولايتها كما أنها حق لها هي واجبة عليها لأنها ولاية ذاتية أصلية أنبثها المشرع لها دون توقف على تعيين أو قضاء فلا يجوز لأحدهما التنازل عنها إلا بمسوغ شرعي ^(٢) .

شروط الولي على المال :

شرط الفقهاء لأهلية الولاية على المال الشروط الآتية :

١ - أن يكون كامل الأهلية بالبلوغ والعقل والحرية ، لأن ناقصها لا ولاية له على ماله ، فلا تكون له ولاية على غيره .

(١) كما ألغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ .
(٢) ومثلها في ذلك القاضي فهو يستند ولايته من الشرع ويأمرها دون قرار قضائي ، أما الأوصياء فولايتهم اختيارية من يملك ذلك ، ولا تكون إسرائيلية فلهم عدم قبولها ابتداء .

٢ - ألا يكون سفيها يخشى على مال القاصر من تصرفاته ، فإن كان محجوراً عليه بالفعل فالأمر ظاهر ، لأن المنوع من التصرف في ماله يمنع من التصرف في مال غيره من باب أولى ، وإن كان غير محجور عليه بالفعل لكنه يستحق الحجر فلا ولاية له أيضاً لعدم اثباته على المال ، فقد جاء في كتاب جامع أحكام الصغار « إن الإبن إذا آل إليه ميراث من أقاربه وأبوه حي موجود فلو كان أبوه مبذرا ومستحقاً للحجر عليه على رأي من يرى الحجر لا تثبت الولاية لهذا الأب مطلقاً » وهذا الشرط يتفق مع رأي صاحبين القائلين بالحجر على السفيه وهو المفق به ، وأما على رأي الإمام فلا يشترط هذا الشرط فتكون للأب السفيه ولاية على مال ابنه ولكن تصرفه يقيد بما لا يضر بمال الصغير ، وسيأتي بيانه في تصرفات الأب .

٣ - أن يكون متحداً مع القاصر في الدين ، فإن كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون . كان تكون أمهم قد أسلمت وهم صغار وبقي الأب على دينه فيكون الأولاد مسلمين تبعاً لأمهم ، لأنهم يتبعون خير الأبوين ديناً فلا تثبت الولاية للأب عليهم في هذه الحالة ، وكذلك لو كان الأب أسلم وتوفي وترك أولاده المسلمين فلا يكون لجدهم المخالف له في الدين ولاية عليهم .

وهذا الشرط في غير القاضي ، لأن ولاية القاضي ولاية عامة مستمدة من رئيس الدولة الذي هو ولي من لا ولي له من رعاياه مسلمين وغير مسلمين .

وقد نصت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه « لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » .

فهذه المادة تناولت الشرطين الأول والثاني ، وأما الثالث وهو الاتحاد في الدين فقد جاء اشتراطه صريحاً في الرصي في المادة - ٢٧ - ولا فرق بين الولي والرصي في ذلك ، ولأن أصل القانون هو الفقه الإسلامي وهذا من مبادئه .

سلطة الولي في التصرفات :

الأصل في تصرفات الولي أنها غير مطلقة بل مقيدة بما فيه مصلحة المولى عليه ، وعلى ذلك لا يملك التصرفات الضارة ضرراً محضاً . كهبه جزء من مال المولى عليه أو التصديق به ، فإذا صدرت منه كانت باطلة ، ويملك التصرفات النافعة نفعاً محضاً . كقبول الهبة والصدقة والوصية ، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والشركة بشرط ألا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر كانت باطلة ، هذا إجمال لحكم التصرفات ، أما تفصيلها فإنها تختلف باختلاف الشخص الذي يتولاها ، وإليك البيان .

تصرفات الأب : يفصل الحنفية في الآباء فيصنفونهم أصنافاً أربعة .

الصنف الأول : أب معروف بالتبذير والإسراف وعدم الأمانة على المال ، وهذا لا يستحق الولاية على أموال أولاده ، فلو أعطيت له الولاية ثم ظهر كذلك سلبت ولايته وأخذ منه المال وسلم إلى من يستحقها إن كان موجوداً ، وإلا سلم إلى وصي يختاره القاضي ليحقق للصغار ما ينفعهم ويحافظ على مصلحتهم .

الصنف الثاني : أب معروف بفساد الرأي وسوء التدبير لكنه أمين على المال غير مبذر فيه ، وهذا يستحق الولاية نظراً لأمانته وعدم تبذيره ، ولأنه أقرب للناس إلى أولاده موفور الشفقة عليهم ، ولكنه يراقب في تصرفاته فيمنع من كل ما يضر بمصلحة الصغير ، فيشترط لصحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر أن تكون فيها منفعة ظاهرة ، فإن تحققت نفذت وإن لم تتحقق ألغيت التصرف .

ولقد وضع بعض الفقهاء مياراً للمنفعة الظاهرة في بيع العقار أن يكون بضعف قيمته ، وفي شرائه أن يكون بنصف القيمة ، وفي بيع المتقول أن يكون بزيادة تساوي نصف قيمته وفي شرائه أن يكون بنقص يساوي ثلث

قيمته فيبيع ما قيمته ستة بقسة ، ويشتري ما قيمته تسعة بسة
وقبل غير ذلك لكن الفتوى على الأول .

الصنف الثالث : أب مستور الحال لم يعرف عنه فساد رأي ولا تبذير .

الصنف الرابع : أب معروف بحسن الرأي والتبذير والتصرف . وهذا
والذي قبله تثبت لها الولاية الكاملة ومطلق التصرف في أموال من في ولايتها
صغاراً كانوا أو غير صغار .

فيملك الواحد منها كافة التصرفات التي يملكها في ماله ، ولا يستثنى منها
إلا ما فيه ضرر محصن كالتبذير والصدقة وما في معناهما ، لأن التبذير إخراج مال
الصغير بدون عوض فيكون ضرراً محضاً .

وعلى هذا يكون له بيع أموال المولى عليهم عقاراً كانت أو منقولاً ويشتري
لهم ما دام ذلك البيع والشراء بمثل القيمة أو بغير يسير مما يتفان فيه الناس
عادة ، ولا يملك أحد نقص تصرفه حق الصغير إذا بلغ لا يملك ذلك ، لأنه
صدر عن ولاية عامة .

أما إذا كان البيع والشراء بغير فأحسن فإنه لا يكون صحيحاً ، لأنه في
معنى التبذير وهو ممنوع منه فيبطل البيع وينفذ الشراء على الأب لأمكان تنفيذه
بدون ضرر بالمولى عليه .

ويجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه أو يبيع ماله له ما دام خالياً من
الدين الفاحش ، ويتم العقد بمبارته وحدها . كبت هذا إلى ابني أو اشترت
هذا من ابني ، وهي من الصور المحتشاة من القاعدة العامة عندما التي تمنع تولي
للشخص الواحد طرفي العقد في العقود المالية بمباراة واحدة ، وخالف في ذلك
زفر تمسكاً بالقاعدة كما يجوز أن يؤثر ماله ويستأجر له بدون غبن فاحش ،

ولا يجوز له أن يؤجر أموال الصغير لمدة طويلة لأنها غالباً تكون بأجرة ناقصة
ففيها ضرر بأموال الصغير .

وله أن يودع أموال القاصر ولو كان الأيداع بأجر ، لأنه من طرق المحافظة
على أموال القاصر .

كما أن له أن يعير أموال الصغير إذا كان العرف يجري بذلك ، لأنه كما يعير
آلاته يستعير له من غيره فهو من قبيل تبادل الخدمات .

أما إذا كانت الآلة معدة للاستقلال والتأجير فلا يملك إعارتها ، لأن إعارتها
تضييع لأجرتها عليه ، ولا يجوز له أن يقرض أموال الصغير لأنفسه ولا لغيره ،
لأن الأقرض تعطيل للمال عن الاستثمار وهو مأمور بتنميته ما استطاع .

ولا يجوز له أن يهب من ماله شيئاً ولا أن يتصدق به ولا التبرع بشيء منه
حق ولو كان التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي ، لأنها تصرفات ضارة ضرراً
محضاً وهو لا يملكها .

والحكم في الهبة شامل للهبة بمحض ولا عرض عند الشيخين ، لأنها هبة
على كل حال في ابتدائها .

وجوز محمد بن الحسن الهبة بمحض ، لأنها وإن كانت تبرعاً ابتداء فهي معاوضة
انتهاه فتكون في معنى البيع ، وله أن يرهن مال القاصر في دين على القاصر ،
لأن هذا التصرف من مقتضيات التصرف في أمواله ولا ضرر فيه حتى ولو أخذ
الرهن في مقابلة الدين لأنه وفاء له وهو مطلوب منه .

واختلفوا في جواز رهن الأب مال القاصر في دين على الأب . فجوزوه أبو
حنيفة ومحمد ومنه أبو يوسف وزفر ، وجه الأول : أن للأب أن يودع مال
القاصر اتفاقاً فيكون له رهنه من باب أولى ، لأن الوديعة إذا هلكت بدون
تعمد أو تقصير في الحفظ لا تضمن ، والرهن إذا هلك عند المرتهن يكون مضموناً
على كل حال ، فإذا هلك بالتعمد أو بالتقصير يضمن بقيمته كاملة ، وإذا هلك بدون

تعد ولا تقصير كان مضموناً بالأقل من قيمته يوم قبضه الدين^(١)، وفي كل الحالات يضمن الأب لابنه مقدار ما يضمنه المرتهن .

وجه قول أبي يوسف وزفر أن هذا يؤدي إلى ضياع جزء من مال القاصر في سبيل إيفاء الأب دينه بطريق الرهن وهو لا يجوز لأنه ضرر محض ، ولأن في الرهن تعطيلاً لمنفعة المال لأنه يبقى محبوساً إلى أن يسدد الدين وقد يطول وقت الحبس لسجز الأب عن السداد لدينه ، بخلاف الأيداع لأن الأب يملك استرداده في أي وقت ، ولأن الأيداع يقصد به أولاً حفظ المال وهو منفعة تعود على صاحب المال ، أما الرهن فممنفعتها راجعة إلى الأب .

ومع وجاهة هذا الرأي رجح الفقهاء قول أبي حنيفة وعمد لأنه مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يقضي بالقول الآخر .

هكذا قرر الفقهاء هذه المسألة وتوضيحها أن الرهن يترتب عليه ضياع لجزء من أموال الابن وهو ضرر محض ، والأصل أن الأب ممنوع من كل تصرف في مال ابنه ينطوي على ضرر محض وهو مقتضى القياس أي القاعدة العامة فيمنع منه وهو ما ذهب إليه أبو يوسف وزفر .

لكن أبا حنيفة وعمدا استثنيا هذه الجزئية وجوزا للأب رهن مال ولده مع ما فيه من ضرر في بعض صوره واستندا إلى قياس الرهن على الأمانة وجملوه قياساً أولوياً فكان استحساناً لاستثنائه من عموم القاعدة . لكن القياس ظهر أنه مع الفارق فلا يصح فضلاً عن أن يكون أولوياً .

(١) ومعنى هذا أن الرهن إما أن تكون قيمته وقت التسليم إلى المرتهن مساوية لقيمة الدين فيسقط الدين بهلاكه ويضمن الأب لابنه قيمة الرهن كاملة ، وإما أن تكون قيمة الرهن أقل من قيمة الدين فيسقط من الدين مقدار الرهن ويضمن الأب لابنه قيمة الرهن كاملة ، وإما أن تكون قيمة الرهن أكثر من قيمة الدين فيسقط الدين ولا يطالب الأب المرتهن بزيادة الرهن على الدين لأنها أمانة في يده فتعلك مجاناً لأنها لا تضمن إلا بالتسدي وفي هذه الحالة يضمن الأب لابنه مقدار الدين فتضيق عليه الزيادة البدائع ج ٦ ص ١٣٥ .

وإذا أردنا تصويره استعساناً صحيحاً نقول : نعم إن الرهن في بعض صوره يلحق الضرر بال الابن، ولكن الأب له حق في مال ابنه بمقتضى الحديث « أنت ومالك لأبيك » فقد يضطر الأب إلى رهن مال ابنه في دين عليه فيجوز له الرهن من هذه الناحية لكن ينبغي أن نقيّد ذلك بما إذا لم يجد الأب مالا يرهنه في الدين الذي عليه ، أما إذا وجد من ماله ما يصلح للرهن فلا يجوز له رهن مال ابنه لأن الاستثناء ضرورة تقدر بقدرها .

فلو قلنا إن الفقه يجوز الأب الرهن إذا لم يكن عنده ما يصلح للرهن ، أما إذا كان في ماله ما يصلح لذلك فلا يجوز له يكون قولاً وسطاً بين القولين مستنداً إلى الأصول الصحيحة .

تلك هي تصرفات الأب بحكم ولايته في أموال القاصر في الفقه الحنفي ، ومع هذا فإنه لا يطالب قضاء بتقديم المougات لتصرفاته في أموال أبنائه ما دامت غير ظاهرة الضرر اكفاء بحسن رأيه وتدبيره ، فإذا كان الضرر ظاهراً تدخل القضاء بحفظه على أموال القاصر .

لكن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أدخل على تلك الأحكام بعض القيود والاستثناءات فأجاز له أكثر التصرفات التي جوزها له المذهب الحنفي ، ومنعه من بعض هذه التصرفات ، وأوجب عليه استئذان المحكمة المختصة في بعضها ، وبينت المذكرة الأيضاحية أسباب ذلك .

فجعل للولي أباً أو جداً إدارة أموال القاصر والتصرف بها في نطاق تلك القيود كما نصت عليه المادة الرابعة ونصها : « يقوم الولي على أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون » بعد أن أخرج منها المال الذي يؤول إليه بطريق التبرع إذا شرط المتبرع ذلك كما صرح به المادة الثالثة وهي تنص على أنه .

« لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » .

وملاحظه في هذا احترام إرادة المتبرع الذي قد يرى لسبب من الأسباب جعل هذا المال المتبرع به بعيداً عن سلطة الولي حتى لا يكون شعول ولاية الولي مثل هذا المال سبباً لحرمان الصغير من تلك التبرعات^(١).

وفيما عدا ذلك وتلك القيود والاستثناءات يبقى للأب كافة التصرفات الأخرى في نطاق الشريعة الإسلامية كما جاء في المذكرة الأيضاحية .

والباعث للشرح على وضع هذه القيود كقالة الاستقراء في المعاملات، وسهولة التطبيق لأن الفصل بين أصناف الآباء في تفصيل الحنفية والتمييز بينها يسدو عيورا فلا يمكن الأخذ به في وقتنا الحاضر .

واليك ما جاء بشأن تصرفات الولي في القانون .

فللأمانة الخامسة منعت من التبرع من مال القاصر ، واستثنت التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي فجوزته بأذن المحكمة ، فإذا تبرع بدون الأذن كان للتبرع باطلا وألزم بدفع ما تبرع به من ماله الخاص .

وهذا التبرع وإن كان فيه إخراج جزء من المال بدون مقابل إلا أن المشرع لم يرفقه إلتافاً للمال لأن فيه نفعاً من ناحية أخرى ، لأنه إذا كان لواجب عائلي كمساعدة الأقارب أو مؤسساتهم فهو داخل في نطاق التكافل الاجتماعي في محيط الأسرة ، وفي كثير من صورته يشبه الهبات بعوض فكان في معنى تبادل المنافع بين أفراد الأسرة الواحدة ، وإذا كان في واجب إنساني كالتبرع لأغراض ضحايا ومنكوبي حريق أو لإنشاء مدرسة أو ملجأ أو مستشفى فهو تعاون في خدمة عامة للمجتمع ، ويمكن إدخاله في نطاق الزكاة وهي واجبة في مال

(١) ويكون التصرف في هذا المال الفرعي الذي تختاره المحكمة للتصرف في هذا المال خاصة إن لم يكن المتبرع مختار وصياً خاصاً بهذا المال فإن كان وجب عرض الأمر على المحكمة لتقرير هذا الاختيار م ٥٨٠ .

الصغير عند جمهور الفقهاء ، وهذا لا يكون من باب الضرر المحض وبخاصة أنه مقيد بإذن المحكمة التي تقدر الأمر تقديرًا سلبيا ولا تأذن فيه إلا إذا كان مال القاصر يتحمل ولا يلحق به الضرر .

والمادة السابعة : منعت من التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، وهذا المنع مراعاة لمصلحة الصغير لاحتمال أن يكون في هذا التصرف محاباة لأحد هؤلاء الأقارب ، فتوقفه على إذن المحكمة نفى لهذه التهمة لأنها لا تأذن بما فيه محاباة .

كما منعت هذه المادة الولي من رهن عقار القاصر في دين على نفسه مطلقاً لا بإذن المحكمة ولا بغير إذنها وهو قول أبي يوسف وزفر كما قدمنا ، وقد أحسن المشرع صنعا بذلك حيث جنب أموال القاصر من التعرض لخطر الرهن الذي قد يستغله الأب كلما لحقه دين وبخاصة أن القانون جعل حق الولاية لكل أب دون تفرقة بين حسن التدبير وسيء التدبير ولا بين المبذر وغير المبذر ، ومن أجازاه من الحنفية لم يحزه إلا لأب أمين حسن التدبير أو على الأقل مستور الحال كما قدمنا ، ولو كان أجازاه بإذن المحكمة في صورة الضرورة التي أشرنا إليها سابقاً لكان أوفى وأحسن .

والمادة السابعة منعت الأب من التصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، ولم يجعل للمحكمة رفض الأذن إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر في خطر ، كما لو أراد الأب بيعها نسيئة لشخص غير مأمون البسار ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة ^(١) .

(١) والحالة الأولى وهي تعرض مال القاصر لخطر سبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها كما جاء في المادة العشرين من هذا اللرسوم بقانون ، والحالة الثانية موافقة لأحكام المقروء في القانون المدني ، وهي حالة كانت تستوجب بطلان التصرف في الشريعة الإسلامية كما سبق بيانه .

والذي دعا إلى هذا التقيد تعقد المعاملات وحاجة الأب إلى التماس التوجيه
الملم من أصحاب الخبرة وفي هذا احتياط وضمن لمصلحة القاصر .

ويلاحظ هنا أن هذا التقيد لا يسري على ما آل إلى القاصر من مال بطريق
التبرع عن أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا فلا يلزم استئذان المحكمة في
تصرفه فيه كما لا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال كما نصت عليه المادة
الثالثة عشرة .

والمادة الثامنة منعت الولي أن يتصرف في المال الموروث للقاصر إلا بأذن
المحكمة وتحت إشرافها إذا كان مورثه قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في ذلك
المال الموروث ، لأن في ذلك احتراماً لرغبة المورث في إبقاء أصل المال للقاصر
لما قد يراه من ضمان لتربية القاصر أو تعليمه أو استمراره في الحصول على ريمه
مع إصابته بعاة أو مرض لا يمكن الشفاء منه .

وقد رأى المشرع ألا تكف يد الولي عن التصرف في مال الصغير إذا ما كانت
لصغير مصلحة في ذلك لمجرد وجود ذلك الشرط فأباح له التصرف بشرط الحصول
على إذن المحكمة التي تراعي التوفيق بين رغبة المورث في تحقيق الأغراض التي
رمى إليها وبين ما قد تكون للصغير أحيانا من مصلحة في إجراء التصرف .

والمادة التاسعة منعت الولي من إقراض مال الصغير واقتراضه إلا بأذن
المحكمة حتى تتحقق من أن الاقتراض تدعو إليه حاجة القاصر ، أو أن
الأقراض لشخص مأمون لئلا يتعرض مال الصغير للضياع وكل من الأقراض
والاقتراض من أعمال الإدارة التي رأى المشرع ألا يبرمها الولي بدون إذن
المحكمة لأن الأقراض إخراج المال من تحت يده واحتمال ضياعه لأنفاس القترض
أو بماطلته في إداء ما عليه من ديون ، والاقتراض يتضمن مديونية القاصر
وتحمل ذمته بأعباء مالية .

والمادة العاشرة منعت الولي من تأجير عقار القاصر لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد إلا بإذن المحكمة ، لأن الولاية تنتضي ببلوغ القاصر هذا السن ، وفي هذا تقييد لأرادة القاصر ، لأنه قد يرى بعد بلوغه سن الرشد تأجير العقار بصورة مختلفة عما فعله الولي ، فتقييده بأذن المحكمة منع لهذا الأمر المحتمل لأنها قد ترى مصلحة القاصر في هذا التأجير فتأذن فيه .

والمادة الحادية عشرة : منعت الولي من الاستمرار في تجارة آلت للقاصر إلا بأذن المحكمة .

وقد روعي في هذا ما للاستمرار في التجارة من أهمية خاصة تستدعي مسئولية القاصر في ماله ، ولما تتطلبه الأعمال التجارية من خبرة معينة ، فإذا أذنت المحكمة وجب على الولي مراعاة حدود الأذن ولا يتجاوزها .

والمادة الثانية عشرة : منعت الولي من قبول هبة أو وصية للصغير عملة بالتزامات معينة إلا بأذن المحكمة .

والحكمة في هذا واضحة لأن الالتزام الذي صاحب الهبة أو الوصية قد يكون مضيقاً لفائدتها فيجعلها عبئاً على الصغير ، فالمحكمة تبحث ذلك لترى هل فيها فائدة فتأذن أولاً فترفض .

والمادة الرابعة عشرة : أجازت للأب وحده أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

وعلى هذا يجوز للأب التعاقد مع نفسه باسم القاصر في غير ما استثناء هذا القانون أو غيره ، ويكون هذا النص استثناء من المادة (١٠٨) من القانون المدني الخاصة بمنع الشخص من التعاقد مع نفسه فلا يسري حكمها على هذا الاستثناء

وقد صرحت المذكرة الإيضاحية بأن المشرع قد رأى في ذلك الأبقاء على المبدأ الذي تقرره الشريعة الإسلامية ولا سيما أن افتراض وفرة الشفقة في الأب يشفع في إعفاء الأب من القواعد العامة المتعلقة بهذا المنع .

تصرفات الجد في ولايته :

اختلف أئمة المذهب الحنفي في تحديد نطاق تصرفات الجد على رأيين .

ف يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا يملك كل ما يملكه الأب من تصرفات ، بل تقتصر ولايته على ما يملكه وصي الأب - وسيأتي بيانها - لأنه يلي الوصي في المرتبة فلا يكون له اختصاص أكثر من ذلك الوصي ، ولو كان مساوياً للأب لتلاه في المرتبة وتقدم على وصي الأب في الولاية المالية .

ويرى محمد بن الحسن أنه يملك ما يملكه الأب لا فرق بينهما ، لأن ولايته أصلية أثبتتها له الشارع ولم يستمدها من أحد حيث ثبتت له باعتباره أباً عند فقد الأب ، ولأنه موقوف الشفقة كالأب فيملك ما يملكه ، وتأخره في المرتبة عن وصي الأب لاحترام إرادة الأب لا لأنه أضعف في ولايته من وصي الأب .

ومع وجاهة رأي محمد فقد اختار الفقهاء الرأي الأول للفتوى .

وعلى القول بتساوي الجد مع وصي الأب في نطاق الولاية فرقوا بينهما في أمرين .

أولها : أن الجد يملك التعاقد لنفسه بالبيع والشراء من مال القاصر من غير غبن فاحش ، أما الوصي فلا يملك ذلك إلا إذا كان في البيع والشراء مصلحة ظاهرة . كان يشتري عقار الصغير بضعف قيمته وأن يبيع عقاره للصغير بنصف قيمته عند أبي حنيفة كما سيأتي .

وثانيهما : أن وصي الأب يملك بيع أعيان التركة عقاراً أو منقولاً في سداد

الدين وإن كان بعض الورثة كباراً لقيامه مقام الأب في تركته ، فيتولى تسديد ديونه بمقتضى الأيضاء ، وكذلك له تنفيذ الوصية .

أما الجدد فلا يملك ذلك إذا كان بعض الورثة كباراً ، لأن ولايته بحكم الشرع على المصارف فقط فيقتصر تصرفه على بيع ما يخص المصارف فقط .

والقانون جعل ولاية الجدد كولاية الأب في الجملة حيث أدخلها تحت عنوان واحد وهو الولي الذي جعل له أحكاماً خاصة تخالف أحكام الوصي ولكنه فرق بينها في الأمور الآتية :

١ - أن للأب التصرف في مال القاصر دون إذن المحكمة إلا ما استثناء هذا القانون كما سبق بيانه .

أما الجدد فلا يتصرف في هذا المال قليلاً كان أو كثيراً ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضافتها إلا بأذن المحكمة مادة - ١٥ .

٢ - إن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك مادة - ١٤ .

أما الجدد فإنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر إلا بأذن المحكمة بفهم المادة السابقة وإذا أذنت له المحكمة في هذا التعاقد عينت وصياً خاصاً يتولى إبرام العقد مع الجدد .

٣ - أن الأب لا يسأل في أعمال ولايته إلا عن الخطأ الجسيم كتصرفه بنهب فاحش .

أما الجدد فيسأل عن خطئه ولو كان يسيراً معاملة له معاملة الوصي مادة - ٢٤ .
وقد راعى هذا النص الفرق بينها تلك الروابط الوثيقة بين الأب وولده

والتي تشفع للأب إذا ارتكب خطأ يسيراً كالذي يقع في مال نفسه ، أما الجدد فقد عاملته معاملة الوصي فينضج لنص المادة - ٣٦ .

٤ - أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر عدا المال الذي وهب للقاصر لفرض معين كالعلم أو القيام بحرفة أو مهنة كما جاء بالفقرة الثانية من المادة - ٢٥ - لأن عدم محاسبته على ريع هذا المال الموهوب لفرض معين تقويت لفرض الواهب ، بخلاف الجدد فإنه يحاسب على كل ريع لمال القاصر لأن المادة - ٢٦ - ^(١) تنص على أنه تسري على الجدد الأحكام المقررة في هذا القانون في شأن الحساب ، وقد ألزمت المادة - ٤٥ - منه الوصي : أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ، ولا يعفى من ذلك إلا إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وصي الأب :

إذا اختار الأب شخصاً ليكون خليفة عنه في الولاية على أولاده القصر بعد وفاته تكون له الولاية بعد وفاته إذا توافرت فيه شروط الوصاية ، ومرتبته في الولاية مقدمة على ولاية الجدد كما قدمنا .

وقد أجاز الفقهاء للجد أن يوصي قبل وفاته ويكون وصي الجدد ، ويتولى الأموال بعد وفاة الجدد كذلك ، لكن القانون قصر حق اختيار الوصي على الأب ولم يحمله للجد ، فكانت إقامة الوصي المختار بعقد الأبداء الذي يتم بالإيجاب والقبول بأي لفظ يفيد تفويض الأمر إلى الوصي . كجعلت فلاناً وصياً أو عهدت إليه بمال أولادي ، أو جعلت هذا وصياً وما شابه ذلك .

(١) ونصها : يتسلم الوصي أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبدل في ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل للأجور وفقاً لأحكام القانون المدني .

والقبول يكون بالقول في حياة الموصي وبعد وفاته، وكذلك يكون بالفعل بعد وفاته كصرفه في المال، ولا يشترط شرعاً كتابة هذا العقد، ولكن القانون شرط أن يكون الاختبار ثلثاً بورقة رسمية، أو ورقة عرقية مصدق على توقيع الأب، أو بورقة مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه منعا للمنازعات في إثباته ..

كما لا يصير الشخص المختار وصياً في نظر القانون إلا إذا أقرته المحكمة بأن وجدته أهلاً للصاية، فإن لم تجده أهلاً لها ألغت هذا الاختيار وعينت وصياً بدله .

وعقد الأوصاء غير لازم في حياة الموصي فله أن يرجع عنه في أي وقت
مادة - ٢٨ .

شروط الوصي :

شرط الفقهاء في أهلية الوصي مطلقاً مختاراً من الأب أو معيناً من القاضي .
أن يكون كامل الأهلية عدلاً أميناً قادراً على إدارة شئون من له الوصاية عليه ،
وأن يكون متحداً في الدين مع من جعلت له الوصاية عليه .

وهذه الشروط معتبرة بعد وفاة الموصي في الوصي المختار، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصاية، فلا اعتبار لتخلفها قبل ذلك، لأنها شروط لتنفيذ الوصاية لا لإنشائها، فإن لم يكن أهلاً في هذا الوقت عدل عنه وعين القاضي غيره إن لم يوجد من يستحق الولاية كما في إصاء الأب والجد غير موجود .

ويستوي في الوصي بعد توفر الشروط الرجسـل والمرأة والغريب الوارث وغير الوارث والأجنبي .

والقانون في المادة - ٢٧ - أجمل الشروط في أنه يجب أن يكون الوصي عدلاً كفواً ذا أهلية عامة، وأن يكون متحداً في الدين مع القاصر، فإن كان

الذين يشتمل على مذاهب وطوائف يشترط الاتحاد في الطائفة كالأقباط الكاثوليك فإن لم يكن فمن أهل مذهب الكاثوليك أو الأرثوذكس، فإن لم يكن فمن أهل دينه كالمسيحية واليهودية كما جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة ونصها : « ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر ، فإن لم يكن فمن أهل مذهبه ، وإلا فمن أهل دينه » .

ثم نصت المادة على طائفة لا يجوز للمحكمة أن تقضي بتعيين أحد منهم أو تعيينه إذا كان الأب اختار وصيا منها .

١ - المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المحلة بالأداب أو الماسة بالشرف أو الزامة ، ويجوز التجاوز عن هذا الشرط عند الضرورة إذا انقضى على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات .

٢ - من حكم عليه لجريمة كانت تقضي قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته .

٣ - من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .

٤ - المحكوم بأفلاسه إلى أن يحكم بردة اعتباره .

٥ - من سبق أن سلبت ولايته أو عزل عن الوصاية على قاصر آخر .

٦ - من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعمين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها تبرر ذلك، ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرقية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

٧ - من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروع أو زوجته وبين القاصر

نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك على مصلحة القاصر .

تخصيص الوصي المختار :

لا خلاف في أن الوصي يتصرف في كافة الأموال بما يخوله له حق الأيضاء إذا كانت الوصية مطلقة غير مقيدة بشيء بخصوص بأن قال الموصي : جعلتك وصياً ، أو أنت وصيي .

أما إذا كانت مقيدة بنوع من التصرفات كأن يقول : جعلتك وصياً في الأموال المنقولة أو في التجارة أو بكان كأن يقول : جعلتك وصياً في الأموال الموجودة في بلد كذا أو ما شابه ذلك من التقييدات فهل يجوز لهذا الوصي التصرف في غير ما قيد به أو لا ؟

يرى أبو حنيفة : أن الوصاية لا تقبل التخصيص ، فإذا قال : جعلتك وصياً في أمور التجارة أو في قبض ما لي على الناس صار وصياً على كل الأموال ، لأن الموصي رضيه متصرفاً في بعض الأمور ولم يرخص بتصرف غيره في شيء أصلاً ، فيكون أولى من غيره بالتصرف في الباقي ، على أن الوصي قائم مقام الموصي فيتصرف تصرفه لأن الوصاية خلافة تثبت كاملة لا تتجزأ .

ويرى أبو يوسف : أن الوصي المختار يتخصص بما خصص به ، لأن الموصي قد يكون له غرض صحيح في التخصيص ، لأن الناس يختلفون في التصرفات ، فقد يكون لأحدهم دراية في نوع خاص دون غيره كالتجارة أو الزراعة فيكون الموصي قد اختار هذا لهذا النوع . وأراد اختيار غيره لنوع آخر فمات قبل الاختيار .

ومع وجاهة قول أبي يوسف وظهوره فإن الفتوى في المذهب على قول

أبي حنيفة^(١) .

تعدد الأوصياء :

كما يجوز للأب أن يوصي لواحد يجوز له أن يوصي لأكثر من واحد حسبما يرى من المصلحة .

فإذا تعدد الأوصياء فإن صرح في الوصية بأن يتصرف كل واحد منها منفرداً ثبت له ذلك بالاتفاق ، وإن صرح بالآ يتصرفا إلا مجتمعين لا يكون لأحدهما الانفراد بالتصرف بدون إجازة الآخر كذلك اتفاقا .

وإذا أطلق فلم ينص على الانفراد ولا على الاجتماع فقال أبو يوسف : ينفرد أحدهما بالتصرف وينفذ تصرفه دون رأي الآخر .

وقال أبو حنيفة ومحمد : لا ينفرد واحد بالتصرف ، فإذا تصرف منفرداً كان تصرفه موقوفاً على إجازة الآخر يستوي في ذلك أن يكون الأيضاء بمقد واحد . كما إذا قال : أفتكما وصيين ، أو كان بمقدين بأن أفرد لكل واحد إيضاء^(٢) .

وجه قول أبي يوسف : أن الأيضاء من باب الولاية وهي إذا ثبتت لاثنتين شرعاً ثبتت كاملة لكل واحد على الانفراد كالأخوين في مسألة الزواج ، فإذا زوج أحدهما نفذ دون توقف اتفاقاً ، لأن الأيضاء خلافة وهي تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كانت بوصف الكمال ولأن اختيار الأب لها يؤذن باختصاص كل واحد منها بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل منها .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد : أن الولاية تثبت للوصيين عند الموت فيراعي

(١) رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٣٧ .

(٢) تبين الحقائق ج ٦ ص ٩ ، رد المختار ج ٥ ص ٦١٥ .

وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لأنه شرط مفيد إذ رأي الواحد لا يكون رأي الاثنين ، ولم يرض الموصي إلا بالأتين فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر الملة وهو لا يثبت الحكم وحده فكان باطلا .

بخلاف الأخوين في النكاح لأن السبب فيها القرابة وقد كانت ثابتة لكل واحد منها كاملة على انفراده ، ولأنه ما ضم أحدهما إلى الآخر إلا لأنه لاحظ أن الأول يعجز منفرداً عن إدارة أموال القاصر فكان لا بد أن يتصرف كلاهما برأي صاحبه .

ولأنه لو أجاز لكل منها أن يتصرف من غير رأي الآخر لتعارضت التصرفات .

وقد استثنيا من قولهما مسائل لو بإشراف أحدهما نفذت دون توقف على رأي الآخر ، وهي في مجلتها رجع إلى المسائل التي يخشى من تأخيرها الضرر . كبيع ما يخشى عليه التلف ، وتجهيز الميت ، وشراء ما لا بد منه كالطعام ، والمسائل التي لا تحتاج إلى الرأي والمشورة كقبض الأجرة ، وقبول الهبة ، ورد الأمانة التي كانت عند الموصي وقضاء الديون الثابتة على الموصي ، وطلب الديون التي له على الغير .

ولهذا استظهر بعض العلماء أن لكل منها الانفراد في هذه المسائل وأمثالها في حالة ما إذا نص على الاجتماع لأن مواضع الضرورة مستثناة ، ولأن الشرط لا يعمل به إلا إذا كان مفيداً ومراعاة ممكنة .

والقانون في المادة - ٣١ - أجاز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي لكنه لم يميز لأحدهما الانفراد بالعمل إلا في حالتين .

أولاهما : إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منها في قرار تعيينه أو في قرار لاحق .

وثانيهما : إذا كان العمل ضرورياً أو مستعجلاً أو متعاضداً لنفع القاصر كالظمن في الأحكام قبل انقضاء مواعيد الظمن أو تجديد قيد ، وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع .

تعيين المشرف :

هذا وكما يجوز للأب شرعاً أن يرصي لأكثر من واحد يجوز له أن يقيم مشرفاً يشرف على أعمال الوصي فلا يتصرف الوصي إلا بعلمه ورأيه ، أما إمساك المال وحفظه فيستقل به الوصي ، ولا يكون المشرف وصياً على المفق به في المذهب الحنفي ، فلا يمكنه التصرف في مال القاصر حتى ولو كان التصرف مستعجلاً أو لا ضرر فيه ، ولا يتقيد الموصى في اختيار المشرف كما لم يتقيد في اختيار الوصي فيصح أن يكون المشرف الأم أو غيرها ^(١) .

والقانون في المادة - ٥٠ - أجاز تعيين مشرف مع الوصي المختار أو مع وصي القاضي إذا اقتضت مصلحة القاصر مراقبة الوصي فيما تحت يده من أموال إذا تكررت الشكوى منه وحصل الشك في تصرفاته ولم يقدّم دليل يوجب العزل ، ففي هذه الحالات تعين المحكمة مشرفاً وظيفته مراقبة أعمال الوصي ، وعلى الوصي أن يمكنه من فحص الأوراق والمستندات ، وإجابة كل ما يطلبه من إيضاح خاص بإدارة الأموال ، وعليه أن يبلغ المحكمة أو النيابة كل أمر يرى أن المصلحة توجب اطلاعها عليه .

ولا يتولى المشرف شيئاً من الإدارة إلا إذا انتهت الوصاية ولم يُعين وصي جديد فإنه يدير الأموال إلى أن يعين الوصي الجديد ، ولا يتولى إلا الأعمال التي يكون في تأخيرها ضرر .

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٦٩٨ .

تصرفات الوصي المختار :

أما وصي الأب فيعتبر قائماً مقام الأب فيملك جميع التصرفات التي يملكها الأب في المذهب إلا في مسائل مستتاة لا يكون فيها مثل الأب . وهي ما يأتي :

١ - بيع العقار المملوك للقاصر . فلأب أن يبيعه بمثل القيمة أو بفن يسير ، أما وصيه فلا يملك بيعه إلا بمسوخ شرعي أو يكون في بيعه نفس ظاهر له ، والمسوغات هي ما يلي :

١ - أن تكون التركة عليها ديون لا يمكن إيفاؤها إلا ببيع العقار ، وكذلك إذا كان على القاصر دين كهذا .

ب - وجود وصية مرسلة أي بمقدار من المال كآلف مثلاً ولا يوجد في التركة نقود أو عروض تباع لتنفيذها فإن العقار يباع حينئذ لتنفيذها لأنه لا ميراث إلا بعد تنفيذ الوصية ، أما إذا كانت مقيدة بالربع أو الخمس مثلاً فلا يباع العقار ويكون الموصى له شريكاً للورثة فيه بمقدار الوصية .

ج - أن يكون القاصر في حاجة إلى النفقة ولا يمكن تدبيرها إلا ببيع العقار فيجوز للوصي أن يبيع منه بقدر النفقة ، ويتكرر البيع بتجدد الحاجة إليها .

د - أن يكون العقار مبنياً وبنائه آيل إلى السقوط ، ولا توجد نقود عند الوصي لترميمه وتلافي سقوطه .

هـ - إذا كان العقار يخشى عليه النقصان أو الضياع كالأراضي التي تكون بحوار البحار أو الأنهار وتعرض لتآكلها عام بعد عام .

و - أن تكون ضريبة العقار وما ينفق عليه لصيانته أو لزيارته تزيد على غلاته وما شاكل ذلك .

فإن لم يوجد مسوخ من الموسوعات لبيعه فلا يباع إلا بنفع ظاهر . كان يرغب شخص في شرائه بضعف قيمته فيجوز ، لأن الوصي في هذه الحالة يستطيع أن يشتري للقاصر بالثمن عقار آخر .

فإن باعه بدون مسوخ كان البيع باطلا حتى لو بلغ الصبي وأجاز ذلك البيع لا تصح هذه الإجازة لأن الباطل لا تلحقه إجازة .

والفرق بين الأب والوصي في ذلك أن الشفقة متوفرة عند الأب فيكفي في تصرفه ألا يكون فيه ضرر ، أما الوصي فلا تتوفر له تلك الشفقة فكان الاعتبار الأول في ولايته هو الحفظ والصيانة والعقار محفوظ مصون بنفسه فلا يجوز له بيعه إلا عند الخطر عليه أو للنفع الظاهر .

٢ - يبيع الوصي مال نفسه للقاصر وشراء ماله لنفسه . فحينما يصح للأب أن يبيع ماله للصغير وأن يشتري مال الصغير لنفسه متى كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بفن يسير . لا يصح هذا من الوصي إلا إذا كان فيها نفع ظاهر للقاصر ، ويتحقق هذا النفع الظاهر كما صوره بعض الفقهاء بأن يبيع عقاره للقاصر بنصف القيمة ، ويشتري عقاره بضعف القيمة ، وفي غير العقار يكون البيع بنقصان ثلث القيمة ، والشراء بزيادة نصف القيمة ، كأن يبيع له ما قيمته خمسة عشرة بعشرة ، ويشتري منه ما قيمته عشرة بخمسة عشر ، وجواز البيع والشراء على هذا الوجه هو قول أبي حنيفة وعليه الفتوى ، وقال محمد وزفر لا يجوز للوصي هذا للتصرف ، ووافقها أبو يوسف في أظهر الروايات عنه .

وكذلك لا يجوز للوصي أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته له من الأصول والفروع والأزواج ولا أن يشتري منهم له إلا بما فيه مصلحة واضحة على الخلاف السابق .

وإنما فرق بين تصرف الأب وتصرف الوصي لأن وفور شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لا يحتاج معها إلى ضمان آخر ، بخلاف الوصي الذي قد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر فاحتاج تصرفه إلى دليل ينفي ذلك عنه وهو بيعة وشراؤه بما يحقق له النفع الظاهر .

٣ - وهن الوصي شيئاً من أموال نفسه عند اليتيم نظير دين عليه له وارتبانه شيئاً من أموال اليتيم عند نفسه نظير دين له على اليتيم لا يصح ذلك من الوصي بينما يصح ذلك من الأب .

وفيما عدا هذه الأمور فإنه يتصرف كل التصرفات التي يملكها الأب .

أما وصي القاضي فهو كوصي الأب إلا في بعض مسائل خاصة أهمها .

١ - ليس لوصي القاضي عقد المارضة في مال القاصر مع نفسه ولا مع من لا تقبل شهادتهم له ، لأنه نائب عن القاضي ، والقاضي لا يملك ذلك فكذلك نائبه ، أما وصي الأب فله ذلك بشرط أن يكون فيه نفع ظاهر كما بيناه .

٢ - الوصي المختار له أن يقيم وصياً بعد وفاته على مال القاصر الذي لـه عليه وصاية ، وليس ذلك لوصي القاضي إلا إذا جعل له القاضي ذلك في قرار تعيينه ، والسبب في ذلك أن القاضي الذي يستعمل منه الوصي المعين من قبله ولايته موجود دائماً بخلاف الوصي المختار للأب فإن من اختاره غير موجود فلا يمكن الرجوع إليه .

٣ - وصي القاضي قابل للعزل وإن كان عدلاً كقوا إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك ، لأنه وكيل القاضي وكل موكل يملك عزل وكيله ، أما الوصي المختار فلا يجوز للقاضي عزله إذا كان عدلاً كافياً ، لأنه لم يعينه فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك للعزل .

وقد عدّ ابن عابدين مسائل أخرى يفترقان فيها فأرجع إليها إن شئت^(١)

تصرفات الوصي في القانون :

احتياط القانون لتصرفات الوصي سواء كان وصياً مختاراً أو وصياً معيناً
فجعل تصرفاته كلها خاضعة لأذن المحكمة الحسبية نظراً لعدم وفور الشفقة
عنده الموجودة عند الأب والجد .

فأوجب عليه الحصول على إذن المحكمة في أعمال التصرف في الأموال وإن
كان أعفاء من الأذن في أعمال الإدارة كأجرة الأرض أو البناء أو بيع المصنوع
وقبض الدين وما شاكل ذلك .

وقد بينت المذكورة الأيضاحية معيار الفرق بين ما يعتبر من أعمال التصرف
وما يعتبر من أعمال الإدارة وهو المساس برأس المال أي أصل المال الذي آل
للقاصر وما أضيف إليه من غناء ، فكل تصرف ينطوي على إخراج جزء من
رأس المال من الذمة أو على ترتيب حق عيني عليه يعتبر من أعمال التصرف ،
وما عدا ذلك يعتبر من أعمال الإدارة ما لم يقض القانون أو العرف بغير ذلك ،
كما في الأجرة التي تجاوزت مدتها ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولا أكثر من
سنة في المباني ، أو كانت المدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد فإنها وإن
كانت من أعمال الإدارة إلا أن القانون منعه من ذلك إلا بإذن المحكمة مادة
٣٩ - فقرة ٧ .

فالمادة ٣٩ - منعه من عديد من التصرفات وهي :

١ - جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية
الأصلية أو التجميعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات
المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

(١) ود المختار ج ٥ ص ٦٣١ وما بعدها

٢ - التصرفات في المتقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة^(١).

٣ - الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

٤ - حوالة الحقوق والديون التي للقاصر وقبول الحوالة عليه وأقراض ماله وإقراضه ، لأن هذه التصرفات فيها خطورة من جهة مساسها بالضمانات الفعلية للدائن أو المدين ، لأن المدينين يختلفون في الحرص على الوفاء بالحقوق ، كما أن الدائنين يختلفون في طريقة طلب الحق رفقاً وشدة .

٥ - استثمار الأموال^(٢) وتصفيتها.

٦ - إقراض المال وإقراضه .

٧ - إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ، ولمدة أكثر من سنة في المباني .

٨ - إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

وظاهر أن المقصود هنا هو الأراضي الزراعية حيث لا يجوز أصلاً للموصي تأجير عقار القاصر إذا كان من المباني لمدة أكثر من سنة « الفقرة السابقة » .

٩ - قبول التبرعات المغترنة بشرط أو رفضها ، لأن هذا الالتزام المشروط

(١) كبيع المحصول أو بيع ما جرى الحرف بيعة من نتاج الموصي فإنها لا تدخل في نطاق الأذن

(٢) يقصد بالاستثمار توظيف المال لنرض المحصول على الربح كشراء نوع مسن الأسهم والسندات أو دفع جزء من المال لأحد التجار بقصد الشركة أو استغلاله في عمل معين . وهو يوجه الأجل صيانة رأس المال أو استثماره وإقاؤه للأنتفاع من ريعه .

قد يؤدي إلى جعل التبرع لا فائدة فيه فيكون عبثاً على القاصر بدون مبرر .
وهذا الحكم مقرر أيضاً بالنسبة للولي م - ١٢ .

١٠ - الاتفاق من مال القاصر على من يجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب التنفيذ .

١١ - الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ،
أما الوفاء الذي يتم بناء على حكم أو بناء على سند رسمي واجب التنفيذ فلا
يحتاج إلى إذن المحكمة ، لأنه واجب الوفاء .

١٢ - رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر . كالقضايا
المستعجلة ودعاوى الضرائب والشفعة والحيازة متى توافر مبرر الأسراع في
مباشرتها .

وإنما شرط الاذن في غير هذه القضايا المستعجلة ، لان إجراءات التقاضي
تتطلب لمباشرتها قسطاً من التقدير ، كما أنها تكبد مصاريف وتتطوي على مخاطر
والمحكمة تثبت من سلامة الأسباب وعدم الخطر على القاصر فتأذن أو
لا تأذن .

١٣ - التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية
والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها .

ورفع الطعون غير العادية في الأحكام ، لأن هذه تتطوي على خطر إما
ضياح حق أو تكليف نفقات كثيرة مما يحتاج إلى تقدير خاص .

١٤ - التنازل عن التأمينات أو إضعافها ، لأنه قد ينطوي على تقويت
مصلحة للقاصر ، فينبغي أن تثبت المحكمة من وجود مبرر يدعو إلى ذلك
التنازل .

١٥ - إيجاز الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون نائباً عنه لأن المادة (١٠٨) من القانون المدني « منعت من جواز التعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . سواء كاتب التعاقد لحسابه أن لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل ، فقد جعل هذا النص للمحكمة نفسها أن تعطي هذا في صورة الأذن للوصي بالتأجير بعد التثبت من توافر مصلحة القاصر في ذلك ، لأنها صاحبة الولاية الأصلية هنا على القاصر والوصي نائب عنها .

١٦ - ما يصرف في تزويج القاصر كالمهر وإعداد منزل الزوجية والمحكمة تقدر ذلك بما يتناسب مع حالة القاصر الاجتماعية .

١٧ - تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والاتفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

وكلمة التعليم شاملة لجميع مراحلها وكافة أنواعه .

كما حتمت المادة (٤٠) على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع ، وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها ، وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

هذا مع ملاحظة : أن المادة (٣٨) منعت الوصي من التصرف في أموال القاصر بطريق التبرع وجعلته باطلاً إلا إذا كان التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي وأذنت به المحكمة ، فقد سوى بينه وبين الولي في ذلك .

كما يلاحظ أن القانون خلا من التمرض لحكم ما إذا آلت للقاصر تجارة . هل

يموز الوصي الاستمرار فيها بأذن المحكمة ، بينما صرح بذلك بالنسبة للولي في المادة الحادية عشرة .

ولكن الذي يجري عليه القضاء هو أن للمحكمة إعطاء مثل هذا الأذن قياساً على ما ورد في تلك المادة بخصوص الولي حيث لا فرق بينها يقتضي إعطاء أحدهما ومنع الآخر ، لأن المحكمة هي التي تقدر ما إذا كانت التجارة ناجحة تعود على القاصر بالنفع فتأذن ، أو غير ذلك فلا تأذن .

ويظهر أن عدم النص كان لعدم وجود داع للترقية عند أيولة تجارة للقاصر بين ما إذا كان متولي شئونه هو الولي أو الوصي . يدل لذلك أن قانون المحاسن الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ كان يبيح للمجلس الحسبي الأذن للوصي في ذلك المادة (٢٣) ، وجرى العمل في القضاء على ذلك ، فلما صدر قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ لم يصرح بذلك ، ومع ذلك استقر الأمر في الفقه والقضاء على ترك الأمر لتقدير المحكمة فتأذن إذا رأت التجارة ناجحة وإلا أمرت الوصي بتصفيتها ، فيبقى الحكم كذلك في ظل قانون الولاية .

استحقاق الوصي الأجر على الوصاية :

للقهاء الحنفية في ذلك آراء ثلاثة :

أولها : أنه لا يستحق الأجر مطلقاً غنياً كان أو فقيراً .

وثانيها : إنه يستحق الأجر مطلقاً غنياً كان أو فقيراً .

وثالثها : التفصيل بين ما إذا كان غنياً فلا يستحق الأجر وبين ما إذا كان فقيراً فيستحقه .

ومنشأ هذا الاختلاف هو الاختلاف في فهم قوله تعالى : « ومن كان غنياً

فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، النساء / ٦ فإنها جاءت في سياق الآيات المبينة أحكام من يتولى أموال اليتامى .

فصاحب الرأي الأول يقول : إن الآية طالبت الفني بالاستعفاف ، وسوغت للفقير الأكل بالمعروف ، وليس الأكل بالمعروف أجراً ، ولأن الوصاية الأصل فيها التبرع من يقوم بها .

وصاحب الرأي الثاني يقول : إن الآية تقيد استحباب التبرع إذا كان غير محتاج ، ولا تقيد لإلزامه بذلك فله أن يطلب الأجر إذا شاء إذا لا يمكن إلزام شخص أن يؤدي عملاً بغير مقابل .

ولأنه يضيع جزءاً من وقته في العمل للقاصر لو أضعفه في شئون نفسه لزامت ووقته فيكون مستحقاً للأجر ، ويترك ذلك لرأيه إن شاء طالب به ، وإن شاء تنازل عنه .

وصاحب الرأي الثالث يقول : إن الآية فرق بين الفني والفقير فطالبت الفني بالاستعفاف ، وسوغت للفقير أن يأكل بالمعروف ، ولأن الأصل في الوصاية أن تكون تبرعاً ابتغاء ثواب الآخرة والفني لا يتضرر من ذلك ، أما الفقير فيلحقه الضرر فيستحق الأجر دفعاً لهذا الضرر عقه استثناء من الأصل ، ولهذا قال بعض الفقهاء : إن هذا هو مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يمنع^(١) مطلقاً ، والقانون في المادة (٤٦) يقرر أن الوصاية تكون بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين ، وهو لا يخرج عن تلك الآراء .

انتهاء الولاية والوصاية :

تنتهي الولاية شرعاً - كما قدمنا - ببلوغ القاصر عاقلًا رشيداً ، والرشد ليس له سن معينة عند جماهير الفقهاء بل يثبت الرشد بالتجربة ، فإن ثبت بالفعل انتهت الولاية وسلم المال إلى صاحبه وإن لم يثبت يبقى المال تحت يد الولي . ولكن القانون حدد للرشد المالي سناً معينة . وهي إحدى وعشرون سنة

(١) البدائع ج ٥ ص ١٦٧ . رد المحتار ج ٥ ص ١٢٤ أمب الأوصية ج ٢ ص ٢٨٣

ميلادية يكون الشخص بعدها وشيدا تنتهي الولاية عليه ويسلم إليه ماله ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية مادة (١٨) ، وذلك فيما إذا رفع الولي أمر القاصر إلى المحكمة بأنه لا يبدو عليه الرشد لظهور عوارض تنافي معه ، فإذا تثبتت المحكمة من ذلك حكمت باستمرار الولاية عليه قبل بلوغه الحادية والعشرين ، وتستمر الولاية إلى أن يصدر قرار من المحكمة بإنهاؤها .

وإذا لم يصدر الحكم باستمرار الولاية حتى بلغ هذه السن انتهت الولاية بقوة القانون ، وينتقل الأمر إلى بحث حالته ، فإذا وجد به ما يقتضي الحجر عليه بعد تسلمه أمواله حجرت عليه المحكمة .

أما إذا بلغ مجنوناً أو معتوها فإن الولاية تستمر عليه ولو لم تقرر المحكمة استمرارها .

انتهاء الوصاية :

تنتهي الوصاية :

أولاً : ببلوغ القاصر سن الرشد كما في الولاية .

ثانياً : بعودة الولاية للولي أبا أو جداً فيما إذا كانت المحكمة سلبت الولاية لسبب من الأسباب وعينت وصياً بدله ، ثم زال سبب سلب الولاية وأمرت المحكمة بإعادتها .

ثالثاً : بعزل الوصي لسبب من الأسباب الموجبة لذلك أو قبول استقالته .

رابعاً : بفقد الوصي أهليته أو ثبوت غيبته بحيث لا يمكن القاصر الانتفاع من وصايته ، أو موته أو موت القاصر كما جاء بالمادة (٤٧) .

وإذا انتهت الوصاية وجب على الولي تسلم أموال القاصر خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصاية .

هذا هو المعمول به في جمهورية مصر العربية . مذهب الحنفية أولا ، ثم القوانين التي كان آخرها المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وفيه تقييد لبعض تصرفات الأولياء والأوصياء ومنع من بعضها ، وهذه القيود في مجلتها لا تأبأها القواعد الشرعية لأنها احتياط لمصلحة القاصر .

أما المذهب الجعفري : الذي جعل الولاية على المال للأب والجسد أولا ، ثم لوصي المتأخر منها ، ثم للمحاكم ، وتقدمت شروط الولي والوصي ، وقد وضعوا قاعدة للتصرفات تقول :

تصرفات الولي التي تكون خيرا ونفعاً للولي عليه تنفذ ، والضارة لا تنفذ لمخافاتها مع الغرض الذي شرعت الولاية من أجله .

واختلفوا فيما لا نفع فيه ولا ضرر من التصرفات ، فقال جماعة : تنفذ إذا كانت من الأب والجسد فقط ، لأن الشرط في تصرفها عدم المفسدة لوجود المصلحة ، أما المحاكم والوصي فإن تصرفها لا ينفذ إلا مع المصلحة ، وقال آخرون لا فرق بين الأب والجسد والوصي من أن تصرف الجميع لا ينفذ إلا فيما فيه المصلحة لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » الأسراء / ٣٤ .

فإن إطلاقه يشمل الجميع لكن المشهور الراجح هو التفصيل (١) .

ثم لم تفصيلات في بعض التصرفات لا حاجة لذكرها بعد أن أصبح العمل في المحاكم اللبنانية غير خاضع للذهاب الفقهية وحدها في تصرفات الأولياء والأوصياء لتدخل عدة قوانين في ذلك فأصبحت موزعة بين الأحكام الشرعية ، وقانون نظام أموال الأيتام ، وقانون تنظيم القضاء الشرعي ، وقانون الموجبات والمقود ، ولم يصدر إلى الآن تشريع موحد يجمع أحكام الولاية كما حصل في مصر .

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٠٦ .

والناظر في هذه القوانين يجد ما قيدت بعض تصرفات الأولياء في أموال القاصر بترخيص القضاء ، ومنعت من البعض الآخر .

من ذلك منع قانون الموجبات والعقود شراء واحد من الأولياء والأوصياء من أموال القاصر بدون ترخيص من القضاء م ٣٧٨ .

كما منع تأجير جميع العقارات لأكثر من سنة بدون ترخيص من القضاء م ٥٤١ .

كما منعه من إعارة الأشياء التي عهد إليه بإدارتها م ٧٣٣ .
كما منع الشركة بين الأب والإبن ما دام خاضعاً لسلطته الأبوية ، أو بين الوصي والقاصر قبل بلوغه سن الرشد والموافقة النهائية على حساب الوصاية م ٨٤٦ .

وقانون تنظيم القضاء الشرعي جعل تصرفات الوصي كلها تحت إشراف القاضي بعد أن جعل إدارة أموال فاقد الأهلية للقاضي الشرعي أي المحكمة المدنية م ٣٨٨ ، م ٣٨٩ .

وهذا التوزيع بين القوانين جعل مهمة الفصل بين تصرف وتصرف عسيرة لذلك جرى عمل القضاء من باب الاحتياط على أن يؤخذ إذن المحكمة المختصة في جميع التصرفات المهمة المتعلقة بفاقد الأهلية لبعثرة هذه الأحكام وتناقضها أحياناً كما يقول الدكتور صبحي محصاني^(١) .

(١) المبادئ الشرعية والقانونية ص ١٠٧ .

البیت الخائس

في نفقة الأولاد والأقارب^(١)

(١) من أهم مراجع هذا البحث . سبل السلام ج ٣ ص ٢١٧ وما بعدها ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٦ وما بعدها ، المبسوط ج ٥ ، البدائع ج ٤ ، فتح القدير ج ٣ ، تبين الحقائق للزلمي ج ٣ ، البحر الرائق ج ٤ ، ودالمحتاج ج ٢ ، رسائل ابن عابدين ج ١ ، رسالة تحرير القول في نفقة الفروع والأصول ، الشرح الكبير بمجاشية الصوفي ج ٢ ، نهاية المحتاج ج ٧ ، الفنى والشرح الكبير ج ٩ ، الروضة البهية ج ٥ ، شرائع الإسلام ج ٢ ، المختصر النافع ، فقه الإمام جعفر .

فصل تمهيدي

في بيان القرابة التي توجب النفقة، والأصول التي يقوم عليها نظام النفقات

نفقة الأقارب نوع من التكافل الاجتماعي الذي أرسى الإسلام قواعده وشيّد أركانه ، وأصل وجوب هذه النفقة مقرر في كتاب الله إجمالاً في أكثر من آية، وجاءت السنة مفصلة وشارحة في أحاديث عديدة ، وطبق ذلك في المجتمع الإسلامي في عصوره المختلفة .

يقول جل شأنه : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف إلى أن قال : « وعلى الوارث مثل ذلك » البقرة / ٢٣٣ .

وفي آية أخرى يقول عز من قائل : « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى » النساء / ٣٦ .

وفي آية ثالثة يقول سبحانه : « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً » الأسراء / ٢٣ .

وفي رابعة يقول جل ثناؤه : « وأت ذا القربى حقّه » الأسراء / ٢٦ .

وفي خامسة يقول جل وعلا : « وإن جامداك على أن تشرك بي ما ليس لك

به علم فلا تطعها وصاحبها في الدنيا معروفا » لقمان / ١٢ نزلت في الأيوين الكافرين
والمصاحبة بالمعروف كما فسرهما رسول الله ﷺ بحسن العشرة بأن يطعمها إذا
جاعا ، ويكسوها إذا عريا ^(١) .

أما السنة : فالأحاديث كثيرة نكتفي ببعضها منها :

ما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « دخلت
هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إن
أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت
من ماله بغير علمه فهل عليّ في ذلك من جناح ؟ » فقال : « خذي من ماله
بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك » ^(٢) .

وما رواه النسائي عن طارق المماربي قال : قدمنا المدينة فإذا رسول الله
ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس ويقول : « يد المعطي العليا وأبدأ بمن تعمل
أملك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك » ^(٣) .

وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن يهز بن حكيم عن أبيه عن جده
معاوية بن حيدة القشيري قال : قلت يا رسول الله من أبر ؟ قال أملك ، قلت :
ثم من ؟ قال : أملك ، قلت ثم من ؟ قال أملك ، قلت ثم من ؟ قال : أبأك ،
ثم الأقرب فالأقرب » ^(٤) .

وما رواه النسائي عن عبدالله بن عمرو رضي الله عنها قال : قال رسول الله

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٦٣

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٢١٧

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٦ - ومعنى تعمل : تمون من حال الرجل أهله إذا ماتهم أي
قام بما يحتاجون إليه من قوت وكسوة كما نقله الشوكاني عن صاحب فتح الباري في الرجوع
السابق .

(٤) المرجع السابق

عليه السلام : « كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت » (١) .

فهذه النصوص توجب النفقة للأقارب في جملتها ، ولما كانت دلالتها متنوعة منها القطعي والظني ، كما أن الأحاديث كلها من أخبار الأحاد وثبوتها ظني ، كما أن منها ما صح عند بعض الأئمة بينما لم يصح عند الآخرين لذلك اختلف الأئمة فيمن يجب له هذه النفقة على آراء .

١ - فالإمام مالك يرى أن نفقة الأقارب تنحصر في قرابة الولاد المباشرة ، فتجب للأب والأم على الولد ذكر أو أنثى ، وتجب على الأب لأولاده ، ولا تجب على الأم نفقة لأولادها ، ولا تجب لغير هؤلاء نفقة على أحد من أقاربهم (٢) .

ودليله على وجوب النفقة للوالدين الآيات التي أوجبت ذلك صراحة من قوله تعالى : « وبالوالدين إحساناً » ، وقوله : « وصاحبها في الدنيا معروفاً » ، وقول رسول الله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » .

أما وجوبها للأولاد فبقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وزكوتهن بالمعروف » ويقول رسول الله ﷺ : « خذي ما يكفيك وينيك بالمعروف » قالوا : فهذه النصوص صريحة في ذلك فيقتصر على مورد النص ، أما غير هؤلاء فلا يصلون إلى مرتبتهم فلا يقاسون عليهم .

٢ - والإمام الشافعي يذهب إلى أن النفقة تجب للأصول على الفروع وبالعكس ، فالقرابة الموجبة هي قرابة الولاد مطلقاً مباشرة وغير مباشرة .

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٢٢١ يريد الرسول أن اثم تضييع من يقوت كاف في اهـلاك الشخص عن كل اثم سواه .

(٢) للشرح الكبير مع حاشية السنوسي ج ٢ ص ٢٢٢ وما بعدها .

ودليله على ذلك الأدلة السابقة بتوسع في معنى الوالدین ليشمل الأجداد ،
والأولاد ليشمل أولاد الأولاد لأن الأجداد آباء ، وأولاد الأولاد أولاد (١) .

ولا تجب لغير هؤلاء ، أما قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » فلا
يدل على وجوب النفقة على القريب الوارث لأنه معطوف على قوله تعالى :
« لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده » لا على قوله « وعلى المولود لغيره »
ولكننا نقول : إن هذا مجرد احتمال لأن الظاهر أنه معطوف على الأول ، لأن
الأحاديث صرحت بوجوب النفقة للأقارب غير الأصول والفروع كقول الرسول
« وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك بعد قوله أهلك وأباك » .

٣ - يري الجعفرية : أن النفقة تجب للوالدين والأبناء اتفاقاً ، وفي وجوبها
لغيرهم من الأصول والفروع تردد والراجح الوجوب ، وأما من عدا هؤلاء فلا
وجوب لهم بل تستحب النفقة عليهم في المشهور (٢) عندهم ، وفي قول آخر تجب
لغير الأصول والفروع .

٤ - وذهب الحنفية إلى أن القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة المحرمة للزواج
فتجب على الشخص لكل قريب تربطها قرابة محرمة ، وهي تشمل الأصول
والفروع والمهارم من الخواشي كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والمعمات
والأخوال والحالات ، أما القريب غير المحرم فلا تجب له نفقة كأولاد العم والعمة
وأولاد الخال والحالة .

وستقدم في ذلك الأدلة السابقة في أول الفصل التي توجب النفقة للأصول

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٠٧

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٨ ، والروضة البهية ج ٥ ص ٤٧٣ ، وعبارتها : تجب على
الأبوين فصارها وهم آباء الأب وأمهاتهن وإن علوا ، وآباء الأم وأمهاتها وإن علوا ، والأولاد
فمازلاذكروا أكثر أم أئنا لا بن النفق أو لبنته ويستحب للنفقة على باقي الأقارب ويتأكد
الاستحباب في الوارث منهم في أصح القولين .

والفروع والأقارب الوارثين ، ولكنهم قيدوا الوارثين بالمحارم بما روى أن
عبدالله بن مسعود رضي الله عنه كان يقرأ آية البقرة « وعلى الوارث مثل ذلك ،
بزيادة » ذي الرحم المحرم « وهي وإن لم تثبت قرآنيها لعدم تواترها إلا أنها
تعتبر تفسيراً وبياناً مسموعاً من رسول الله ﷺ .

ولأن القرابة المحرمة قرابة قوية تستحق العناية والمحافظة عليها من القطيعة
بإيجاب النفقة لها دون غيرها ، ولهذا كانت سبباً في تحريم الزواج عند وجودها
لما في الزواج من بسط سلطان الزوج على زوجته مما قد يؤدي إلى قطع الرحم ،
فاقتصر إيجاب النفقة على من اتصف بها دون من هو أدنى منه قرابة .

هـ - والحناطة يذهبون إلى أن وجوب نفقة القريب على قريبه يبدو مع الإرث
وجوداً وعدماً ، فإذا كان القريب وارثاً وجبت له النفقة لا فرق بين أصل وفرع
ولا بين محرم وغيره .

وسندهم في ذلك قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » فإنها أوجبت على
الوارث مثل ما أوجبت الآية في أولها على الأب من النفقة ، وذلك لأن القرابة
التي تجعل القريب أحق بتركة قريبه وهو غنم تقتضي أن يقابله غرم وهو وجوب
النفقة على الوارث ، ولذلك شرطوا اتحاد الدين بين من تجب له النفقة ومن تجب
عليه حتى ولو كانوا من الأصول والفروع ، في الرواية الراجحة في المذهب ^(١) .

وفي رواية أخرى يشترط في غير الأصول والفروع ، وهذه الرواية - في
نظري - هي التي تتفق مع صريح النصوص لأنها مطلقة لم تفرق بين المتفقين في
الدين والمتخالفين فقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » مطلق
في كل مولود له ، وقوله : « وصاحبها في الدنيا معروفاً » نزل بخصوص الوالدين
الكافرين ، وكذلك أدلة وجوب النفقة للأولاد مطلقة ، وأما قوله تعالى :

(١) الفنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٤٥٩

« وعلى الوارث مثل ذلك » فظاهرها أنها في الأقرباء الآخرين .

بهذا العرض للمذاهب نجد أن مذهب المالكية أضيق المذاهب في نفقة الأقارب ، وأن أوسعها مذهب الحنابلة وأنه أصلحها للعمل لما فيه من توسيع دائرة النفقة للأقارب وأعدلها من جهة اشتراط التحساد الدين بين المنفق والمنفق عليه الذي يحصر الاتفاق بين المتوارثين إذا ما قصرنا هذا الشرط على الأقارب من غير الأصول والفروع وأخذنا بالرواية التي لا تشترط التحساد الدين بالنسبة للأصول والفروع ، ولو افترضنا عدم وجود هذه الرواية فإننا نستطيع إلغاء هذا الشرط بالنسبة لهم نظراً للجزئية التي توجب النفقة للفروع على الأصول ، والمصاحبة بالمعروف التي تقضي بإيجاب النفقة للأصول على الفروع .

وأما غير هؤلاء فالعدالة وقضية مقابلة الغنم بالغرم توجب بقاء الاشتراط في حقهم .

وفوق ذلك : فإن العمل بهذا المذهب يقضي على بعض الحالات الشاذة التي تترتب على العمل بالمذهب الحنفي ، فإن ربط النفقة بالقرابة المحرمة توجب النفقة للفقير على خاله دون ابن عمه لوجود المحرمية في الأول دون الثاني مع أن ابن العم ينفرد بيرائه ولا نصيب لحاله فيه .

هذا ولما كان العمل في مصر ولبنان يجري على مذهبي الحنفية والشافعية فسنقتصر الكلام عليهما بالتفصيل ، وقبل ذلك نقدم للقارئ أهم الأصول التي يقوم عليها نظام النفقات وهي :

١ - لا تجب نفقة لشخص على آخر إلا إذا كان محتاجاً بأن لم يكن له مال ، ولا يخرج عن ذلك إلا الزوجة فإن نفقتها واجبة على زوجها ولو كانت موسرة ، لأن نفقتها لم تجب عليه لحاجتها بل لكونها بموسرة لحق الزوج عليها .

وبهذا يكون الأصل في نفقة الإنسان أن تكون في ماله صغيراً كان أو كبيراً

ذكر أكان أو أنثى قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه عدا الزوجة لما قلنا .

٢ - نفقة الأولاد الذين لا مال لهم تجب على أبيهم وحده لا يشاركه فيها أحد ، لأنهم جزء منه فالأنفاق عليهم كالأنفاق على نفسه ، ولأن الأب يختص بانتساب أولاده إليه لا يشاركه أحد في ذلك ، وهو غنم يختص به فيتعلم غرم النفقة وحده مقابلة للتم بالغرم .

ويقابل ذلك أن نفقة الآباء تجب على أولادهم لا يشاركهم فيها أحد حتى آباء هؤلاء الآباء إن وجدوا كما لو كان للمحتاج أب وابن فنفقة على ابنه وحده عند الحنفية (١) لأن الولد جزء أبيه وللأب شبهة حق في مال ابنه لحديث « أنت ومالك لأبيك » ، ولهذا قرروا في الرواية الظاهرة أن النفقة تجب عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكور والإناث ، ولا بين الوارثين وغيرهم لتساوهم في تلك الجزئية .

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة تكون على قدر الميراث فعلى الذكر ضعف ما على الأنثى (٢) .

ومع أن هذه الرواية في ظاهرها تتفق مع قاعدة الغرم بالغنم إلا أنها لا تعم كل صور وجوب النفقة على الأولاد بل تنحصر في دائرة الأولاد الوارثين فقط ، والنفقة تجب عليهم وارثين أو غير وارثين ، ثم إن المدل فيها عدل افتراضي لا حقيقي ، لأب الأب الفقير المحتاج للنفقة غالباً ما يفارق الحياة ولا يترك شيئاً يورث عنه .

٣ - إن نفقة الأصول والفروع تجب من وقت ثبوت حاجتهم إلى النفقة دون توقف على قضاء القاضي ، أما نفقة غيرهم من الأقارب فلا تجب إلا من

(١) خالف الجعفرية في ذلك فقاروا: تجب النفقة عليهما بالسوية إذا كانا موسرين

(٢) للبسوط ج ٥ ص ٢٢٢

وقت الغضاء بها^(١).

ويظهر هذا الفرق في أن للأوين والأبن أن يأخذوا من مال من وجبت عليه نفقته إذا كان غائبا وكان المال الموجود من جنس ما تجب فيه النفقة كالدرهم والدنانير والطعام ، فيأخذ الواحد منهم قدر ما يحتاجه بالمعروف دون توقف على قضاء بالنفقة ، ولا ضمان عليه لأنه استوفي حقه حيث إن نفقته واجبة قبل الغضاء ولا يجوز ذلك لغير الأصول والفروع .

يقول الكمال بن الهمام^(٢) : « والقاعدة في ذلك أن كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من تجب عليه النفقة جاز له أن يأخذها إذا قدر عليها وكانت من جنس حقه من غير قضاء ، وإن كانت من غير جنس حقه كالعروض فلا يأخذها إلا بأذن القاضي » .

٤ - لا تفرض نفقة في مال الغائب إلا إذا كان فرعاً أو أصلاً أو زوجاً ، أما إذا كان من تجب عليه النفقة من قرابة الحواشي فإنه لا تفرض نفقة لغيره في ماله ، وينتقل الوجوب إلى القريب الحاضر ولو كان أقل رتبة من الغائب ، ويفرض الغائب كأنه معسر ، لأن هذه النفقة وجبت للحاجة وتحتاج إلى قضاء القاضي ، والقضاء على الغائب لا يجوز في مذهب الحنفية ، ولا يمكن الانتظار حتى يحضر الغائب .

٥ - لا تجب على فقير قادر على الكسب نفقة لأحد إلا لأصوله وفروعه وزوجته فإنه يجب عليه السعي والعمل للأففاق عليهم ما دام قادراً على الكسب فإن أبي أجبر على ذلك .

(١) البدائع ج ٤ ص ٣٥ ، ورد المختار ج ٢ ص ٦٨١

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧

٦ - لا نفقة مع اختلاف الدين بين المتفق والمتفق عليه إلا للأصول والفروع والزوجة

٧ - النفقة للأقارب تجب بقدر كفايتهم لأنها وجبت لدفع الحاجة وهي تندفع بالكفاية ، ولا يستثنى من ذلك إلا نفقة الولد على أبيه الموسر فإنه لا يقتصر الوجوب فيها على قدر الكفاية ، بل على حسب ما يراه القاضي ، فلو كان الولد بحاجة إلى خادم فرض له القاضي على أبيه نفقة خادم .

٨ - إذا امتنع من وجبت عليه النفقة عن الاتفاق على قربه المستحق لها وأصر على الامتناع مع قدرته فإنه يجبس ولو كان أباً ، ومع كون حبسه إيداء له وهو حرام إلا أنه يصار إليه دفعاً للضرر الأعلى وهو دفع الهلاك عن الولد بتحمل الضرر الأدنى وهو حبسه عملاً بالقاعدة العامة « يتحمل أدنى الضررين لدفع أخطاهما » ولذلك لا يجبس الأب في دين لولده إلا دين النفقة مع أن غيره يجبس في الدين مطلقاً^(١) .

٩ - نفقة الأقارب مطلقاً تسقط بمضي المدة إلا إذا كانت مفروضة ومستدانة بإذن القاضي أو يأذن من وجبت عليه ، وهذه المدة عند الحنفية مقدرة بشهر فأكثر من وقت القضاء بها ، لأن نفقتهم وجبت لسد الحاجة فإذا مضى شهر فأكثر ولم يأخذ القرب نفقته المقتضى بها دل ذلك على أنه غير محتاج إليها في تلك المدة ، أما ما دون الشهر فلا تسقط النفقة بمضيه وله أن يطالب بها ، لأنه لا بد من مثل هذه المدة ليتمكن من المطالبة بالنفقة ، ولا يستثنى من ذلك إلا نفقة الزوجة فإنها لا تسقط بمضي المدة^(٢) ، وكذلك نفقة الصغير عند بعض

(١) المبسوط ج ٥ ص ٣٧٤ ، البدائع ج ٤ ص ٣٨

(٢) البدائع ج ٤ ص ٣٨ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٥٤ أما مجرد القضاء بها فلا يصيرها ديناً خلافاً للملكية والشافعية فإنها تصير ديناً به عندهم

الحنفية^(١) جعلوها كنفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة بل تثبت ديناً في الذمة من وقت القضاء أو التراضي عليها رافة بالصغير لمجره ، ومع كونها تصير ديناً عند مؤلاء بالقضاء قالوا : إنها دين ضعيف يسقط بموت الصغير .

ولا تكون ديناً قوياً إلا إذا استديننت بالفعل بأذن القاضي أو بأذن من وجبت عليه ، وكثير من القضاة في مصر يأخذون بهذا الرأي .

وهذا الرأي أرجح في نظري من القول بسقوطها ، لأن المعنى الذي جعلوه مسقطاً لها بمضي المدة وهو عدم الحاجة إليها غير موجود في جانب الصغير ، لأنه غالباً ما يكون عند أمه وهي تنفق عليه من مالها فلا يلزم من تأخر طلبها استغناء الصغير عنها بخلاف الكبير .

والجمهورية : يرافقون الحنفية في أن نفقة الأقارب لا تقضى وتسقط بمضي المدة دون تحديد لها بشهر قالوا : إنها وجبت سداً للعاجبة لا للتمليك فلا تستقر في الذمة ولو قدرها الحاكم ، لأن التقدير لا يفيد الاستقرار في الذمة إذا لم تكن النفقة بقصد التمليك كنفقة الزوجة إلا إذا أذن القاضي للقريب بالاستدانة لقبية المنفق أو بماطلته بدفعها ، أو أمر الحاكم المنفق بالانفاق^(٢) .

١٠ - إذا لم يكن للفقير المستحق للنفقة أقارب موسرون كانت نفقته في بيت المال « خزانة الدولة » لأن من وظائف بيت المال في نظام الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بالانفاق عليهم كما في اللقيط وقد قدمنا حكمه في بحثه .

(١) نقه الزليفي في تبين الحقائق ج ٣ ص ٦٣ عن الحارثي وارتضاه واختاره غيره كذلك
(٢) الروضة البهية ج ٥ ص ٢٧٦ . بل أكثر من ذلك أنهم قرروا أن من وجبت له النفقة لم يحصل على نفقة يوم أو أكثر بطريق الدعوة إلى وليمة أو الهدية أو من الزكاة يسقط حقه في النفقة بقدر ما حصل له حتى ولو كان الحاكم أمر بها أو باستدانتها
نقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٣١ .

يقول الكاساني في بدائعه بصدده أموال بيت المال ومصارفها : « وأما النوع الرابع فيصرف إلى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وإلى أكفان الموتى الذين لا مال لهم وإلى نفقة اللقيط وعقل جنائته وإلى نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ونحو ذلك ، وعلى الأمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها » اهـ .

هذا والأقارب أنواع ثلاثة : أصول وفروع وحواشي ، وقد يوجد للمحتاج منها نوع واحد ، وقد يوجد له أكثر من نوع ، وسنتكلم عليها منفردة ومجموعة في الفصول الآتية .

الفصل الأول

في نفقة الفروع على الأصول

المراد بالفروع هم الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا ذكورا كانوا أو إناثا .

إذا كان للولد مال وجبت نفقته في ماله ولو كان صغيرا ، وإذا لم يكن له مال وكان قادرا على الكسب ولم يمنعه مانع منه وجب عليه السعي ليحصل على نفقته ، ولا تجب له نفقة على غيره أبأ كان أو غير أب ، أما إذا لم يكن له مال وكان عاجزا عن الكسب لسبب من الأسباب كالصغر ، أو لكونه أنثى ولو كبيرة قادرة على الكسب ولكنها لا تكسب بالفعل ، أو لكونه مريضا مرضا يمنعه من العمل كالعمى والشلل ، أو لكونه مجنونا أو معتوها ، أو لعدم تيسر الكسب لبطالة عامة .

ففي هذه الحالات تجب له النفقة على غيره ، فوجوب النفقة له مشروط بم حاجته التي تتحقق بالألا يكون له مال بحيث تحل له الصدقة ، أو بمعجزه عن التكسب عند الحنفية والشافعية^(١) في أظهر القولين عندهم ، فلو كان له مال لا يكفي حاجاته الضرورية أو كان كسبه لا يكفي وجب على الأب أن يكمل

(١) المختصر النافع ص ١١٩ .

له ما يكفي حاجته^(١) وكذلك إذا كان له مال غائب لا تصل يده إليه ، كما إذا ورث مالا ولم يتسلمه بعد فعلى الأب أو من يليه من أصوله أن ينفق عليه من مال نفسه حتى يتسلم ماله ، وله أن يرجع بما أففق عليه ، إذا كان الاتفاق بأذن القاضي أو كان بغير إذنه لكنه أشهد عند الاتفاق أنه ينفق ليأخذه من ماله عند تسلمه ، وفي غير هاتين الحالتين لا يرجع عليه بشيء قضاء ، لأنه يكون متبرعا وله الرجوع ديانة إذا كان نوى ذلك ، يستوى في ذلك الصغير والكبير العاجز والذكر والأنثى .

وإذا امتنع الولد القادر على الكسب عنه فهل يملك الأب إجباره عليه ؟
إذا كان أنثى فليس لأبيها جبرها على العمل لأن الشأن فيها ألا تعمل ، وتكون نفقتها على أبيها حتى تتزوج فتكون نفقتها على زوجها ، فإن انتهت زوجيتها لأي سبب عادت نفقتها إلى من كانت عليه قبل زواجها .

أما الذكر فيعتبر غير محتاج بقدرته على الكسب لأنه بهذه القدرة يعتبر غنياً لأمكانه الاستغناء بها فلا يبه أو غيره إجباره على العمل ، ولا يستثنى من ذلك إلا طالب العلم فإنه لا يجبر على التكسب حتى لا يشغله عن طلب العلم ، وتجب له النفقة ما دام جاداً في طلبه ناجحاً فيه ، أما إذا كان غير ذلك فلا تجب له نفقه على غيره^(٢) .

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٦٧٧

(٢) وجوب النفقة لطالب العلم كان هو الحكم المقرر في المنهج الحنفي ، ثم أفتوا بعدم الوجوب لما قصت أحوال أكثرهم ، ثم جد بعد ما يرجع الرجوع إلى القول بالوجوب بعد فتنة التنازع وقتلهم أكثر العلماء ثلاثاً يضيع العلم ، وإليك ما نقله ابن عابدين في رد المحتار ج ٥ ص ٧٣٠ عن صاحب الفتية : « السلف قالوا بوجوب نفقته لكن أفتى أبو حامد بعدمه لفساد أحوال أكثرهم ومن كان بخلافهم أدر في هذا الزمان فلا يفرد بالحكم دفعاً لخرج التمييز بين المصلح والمفسد قال : لكن بعد الفتنة العامة (يعني فتنة التنازع) التي نعب بها أكثر العلماء والمتعلمين »

والمراد بالنفقة الواجبة هي كل ما يحتاج إليه الشخص من طعام وكسوة وسكنى وأجرة خادم إذا كان محتاجاً إليه لصغره أو لبعزه ، أما نفقة زوجة الأب المستحق للنفقة فلا تجب على أبيه ولا على غيره من الأصول بالتفريق الحنفية والجعفرية ، وإنما يقضي لها بالنفقة على زوجها ، ويأذن لها القاضي بالاستدانة عليه إذا طلبت ذلك ، ويؤمر من تجب نفقتها عليه بالاتفاق ويرجع بها على الزوج إذا أيسر .

وهنا يذكر فقهاء الحنفية مسألة ما إذا كان الشخص يملك منزلاً للسكنى وليس له سواه فهل تجب له النفقة على غيره أو لا تجب ، ويذكرون في ذلك روايتين في المذهب .

الأولى : لا تجب له النفقة لأنه لا يعتبر محتاجاً إليها من الغير حيث يستطيع بيعه ويسكن بالأجر أو يبيع جزءاً منه إن كان فسيحاً ينفق من ثمنه ويسكن باقيه .

والثانية : أنه تجب النفقة على قريبه ولا يجبر على بيعه أو بيع جزء منه ، وعلاؤ ذلك . بأن بيع المنزل لا يحصل إلا نادراً ، ولا يمكن لكل أحد أن يسكن بالأجر أو المنزل المشترك ، وقد اختار هذه الرواية السكاكيني بدائمه^(١) ، ووصفها بأنها الصواب مستنداً إلى أنه تحمل له الصدقة ولا يؤمر ببيع المنزل ، ولكن صاحب الذخيرة قال : إن الرواية الأولى هي الصحيح من المذهب^(٢) .

نرى أن طلب العلم ينهمم الاشتغال بالتكسب عن التحصيل ويؤدي إلى ضياع العلم فكان المختار الآن قول السلف ، ومفوات البص لا تمنع الوجوب كالأولاد والأقارب ، وأقره في البحر وقال : وأقول الحق الذي تقبله الطبايع المستقيمة ولا تنفر منه الأنفواك المليحة القول - بوجوبه لذي وش لا غير ولا حرج في التمييز بين المصلح والمفسد لظهور مسالك الاستقامة وتبذره عن غيره .

(١) ج ٤ ص ٣٤ .

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ج ٥ ص ٢٧٨ .

وهذا أوجه لأن النفقة لل قريب لا تجب إلا عند الحاجة ، والحاجة مندفعة بملكه هذا لأنه لا يعتبر معها محتاجاً ، أما ما قيل : بأن يبيع المنزل لا يحصل إلا نادراً ، فالو سلم ذلك في زمنهم فقير مسلم في زماننا ، ولعل التطور في المنازل ينفي ذلك ، وحل الصدقة له - إن جاز - لا يسوغ وجوب النفقة له على الغير ، لأن حل الصدقة لشخص لا يتنافى مع ملكية الشخص لما لا يصير به غنياً ^(١) ، أما وجوب النفقة فيقوم على حاجة من وجبت له التي يتأفها ملك المنزل .

ولا يشترط في نفقة القروع اتحد الدين بينه وبين الأصل الذي وجبت عليه ، لأن النصوص الموجبة لها مطلقة في ذلك ، ولأن وجوب النفقة هنا بسبب الجزئية وهي ثابتة مع اختلاف الدين .

هذا ما يعتبر في جانب الفرع لتجب له النفقة .

أما الأصل الذي تجب عليه فيشترط فيه أن يكون قادراً على الأنفاق إما بيساره أو بقدرته على الكسب وإن لم يكن له مال .

ثم إن نفقة الأولاد تجب على أبيهم لا يشاركه أحد فيها باتفاق الحنفية

(١) فقهاء الحنفية يقولون أن الفنى واليسار ثلاثة أنواع :

- ١ - غنى تجب معه الزكاة . وهو أن يملك الإنسان مالا نامياً تجب فيه الزكاة كمشترين مثقالاً من الذهب أو مائتي درهم من الفضة فاضلاً عن نفقته ونفقة من يعولهم وسوائجه الضرورية .
 - ٢ - غنى لا تحمل معه الصدقة ، وهو أن يملك من الأموال والأشياء ما يزيد عن سوائجه الضرورية مما يقوم بإثني درهم من الفضة أو بمشترين مثقالاً من الذهب فهذا نصاب غير تام ومالكه يحرم عليه الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وتجب عليه صدقة الفطر .
 - ٣ - غنى يحرم عليه السؤال ، وهو أن يملك قوت يومه وما يستر به عورته . فمثل هذا يحرم عليه السؤال ، ولكن لا يحرم عليه أخذ الصدقة ولا يحرم دفعها إليه من غير سؤال ؛
- تحفة الفقهاء لملاء الدين السمرقندي ج ١ ص ٤٦٧ .

وتطبيقاً لهذا نجد أن التزل الملوك إذا يبيع كفى منه صاحبه حاجاته الضرورية ويبيع منه ما يحملة غنياً يحرم عليه الصدقة .

والجعفرية في جميع الحالات لأن الأنفاس عليهم كالأنفاق على نفسه لأنهم جزء منه باستثناء حالة واحدة عند الجعفرية وهي ما إذا كان للولد المحتاج أب وابن موسر فإن نفقته عليها بالتساوي لتساويهما في المرتبة إليه والبنات كالآبن^(١).

فإذا كان الأب موسراً أو قادراً على الكسب وطرق الكسب ميسرة له وجبت عليه النفقة بلا خلاف، فإن امتنع عن الأنفاق أو عن العمل أجبر على ذلك بما يراه القاضي زاجراً له ولو لم يجد وسيلة زاجرة غير الحبس حكم بحبسهما كما بيناه من قبل . باتفاق الحنفية والجعفرية^(٢).

فإذا لم يكن له مال وكان قادراً على الكسب وطرق الكسب غير ميسرة فالجعفرية وبعض الحنفية يعتبرونه في حكم الميت ، وينتقل وجوب النفقة إلى من يليه في ذلك من الأصول الأخرى ، فأو أيسر الأب بعد ذلك لا يرجع من أنفق بما أنفقه على الأب ، لأنه لم يكن الأنفاق واجباً عليه في تلك الفترة .

والقول الآخر للحنفية - وهو الراجح عندهم - أنه بعدم تيسر طرق الكسب لا ينتقل الوجوب إلى غير الأب ، بل يبقى الوجوب عليه ولكنّه لا يكلف بالأداء ، بل تكلف الأم بالأنفاق إن كان عندها مال ويكون ما تنفقه ديناً على الأب ترجع به عليه إذا أيسر ، فإن لم يكن لها مال كلف جده إن كان موجوداً بذلك ليرجع على الأب كذلك ، فإن لم يجد موسر تولى الأنفاق من تجب عليه النفقة بعده وهكذا .

(١) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٧٩. أما إذا كان العاجز أم وولد فهل يشتركان كما في الأب والآبن وجهان قيل ، نعم لأنها سواء في المرتبة ، وقيل : تجب على الآبن وحده لتقدمه على الجدة ، والجدة مقدم على الأم ، وإن اجتمع الأب والأم والآبن والبنات فعلى الأب والآبن والبنات فقط بالسوية .

(٢) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٨١ ونفقة الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٣٣ .

ووجهتهم في ذلك أن الأب بقدرته على الكسب يعتبر غنيا بهذه القدرة ،
وعدم تيسر الكسب لعارض لا يحمله في حكم المعدوم .

أما إذا كان غير قادر على الكسب لمرض مزمن أو شيخوخة ونحوهما اعتبر
في حكم الميت وانتقل الوجوب إلى من يليه من الأصول ذكر الأصل أو
أنثى ، وكذلك إذا كان الأب غير موجود بالاتفاق .

وإذا انتقل وجوب نفقة الفرع إلى غير الأب من الأصول تتنوع الحالات

فقد يكون له أصل واحد ، وقد يكون له أكثر من أصل .

فإن لم يكن إلا أصل واحد سواء كان من جهة الأب أو الأم ^(١) وجبت
عليه النفقة وحده متى توفر شرط القدرة السابق ، لأنه تعين للوجوب عليه .

وإن كان له أكثر من أصل وكانوا موسرين فالحكم يختلف تبعاً لكونهم
كلهم وارثين أو غير وارثين أو كان بعضهم وارثاً دون البعض الآخر . فهذه
ثلاث حالات .

الأولى : إذا كانوا كلهم وارثين لذلك الذي وجبت له النفقة عليهم ، وفيها
تعجب النفقة عليهم جميعاً بنسبة أنصبتهم في الميراث دون نظر إلى تفاوت درجاتهم
في القرابة .

فإن كان له أم وجد لأب في الدرجة الأولى أو الثانية فالنفقة عليها أثلاثاً
على الأم ثلثها ، وعلى الجد الثلثان ، لأن الميراث يقسم بينها كذلك .

وإن كان له جدة لأم وجد لأب كان على الجدة السدس والباقي على الجد ،

(١) يقول المرعشي في البسوط ج ٥ ص ٢٢٤ بعد بيان جبر الرجل على النفقة ، وكذلك
المرأة الموصرة بجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الأقارب لأن هذا الاستحقاق بطريق الصلة
فيستوي فيه الرجال والنساء .

وكذلك لو كان مكان الجدة جدتان في درجة واحدة لأن نصيب الجدة من الميراث هو السدس واحدة أو أكثر يقسم بينها بالتساوي .

الثانية : إذا كانوا كلهم غير وارثين وكانوا جميعاً من ذوي الأرحام فإن الحدود في الدرجة بأن كانوا جميعاً في الدرجة الثالثة كما لو كان له أبو أبي الأم ، وأم أبي الأم وجبت النفقة عليها بالتساوي .

وإن اختلف درجتهم كانت النفقة على أقربهم ، فلو كان له أبو أم وأبو أم أب كانت النفقة على أبي الأم لقرب درجته .

الثالثة : إذا كان بعضهم وارثاً والبعض غير وارث فإن تساوت درجة قربتهم من الولد كانت النفقة على الوارث منهم ، لأنهم تساوا في القرب فيرجع بالأثر .

فلو كان له أبو أم وأبو أم أب كانت النفقة على الوارث وهو أبو الأب ، لأن أبا الأم من ذوي الأرحام ولا ميراث له مع وجود العاصب وهو أبو الأب (١) ، ولو كان له أبو أم وأم أم فالنفقة على أم الأم لأنها الوارثة .

وإن اختلفت درجة قربتهم كانت النفقة على أقربهم وإن لم يكن وارثاً ، فلو كان للولد أبو أم وأبو أبي أم وجبت النفقة على أبي الأم لقرب درجته وإن لم يكن وارثاً ولا نفقة على أبي أبي الأب وإن كان وارثاً لبعد درجته في القرابة .

وقد علموا ذلك بأن السبب في وجوب النفقة للفرع على أصله هو أن الفرع

(١) في هذه الصورة لو كان أبو الأب خالفاً في الدين للولد كان غير وارث . وجبت النفقة على أبي الأم لأنه الوارث في هذه الحالة .

جزء لأصله ، وكلما قربت درجة القرابة قويت الجزئية فيرجح الأقرب الرجحان
سبب وجوب النفقة عليه .

لكن هذه الملة وإن كانت مقبولة في حالة ما إذا كانوا غير وارثين فهي غير
مقبولة فيما إذا كان البعيد وارثاً والقريب غير وارث ، ولأنهم أمهلوا في حالة
ما إذا كانوا كلهم وارثين واعتبروا الميراث فقط وما أوقعهم في ذلك إلا
اضطرابهم في الترجيح ، فتسارة يرجحون بالأرث فيما إذا كان بعضهم وارثاً
والآخر غير وارث ، وتارة يرجحون بالميراث عند اتحاد الدرجة .

وإذا كانت نفقة الفروع في أساسها لم يلاحظ فيها الميراث لأنه لا يشترط
فيها اتحاد الدين فكان الأوفق أن يدور وجوب النفقة على القرب فقط بصرف
النظر عن الميراث .

وكان لهذا الاضطراب غرابة في التطبيق في بعض الصور ، فقد قدمنا في
الحالة الأولى أنه لو كان للولد أم أم وأبو أبي أب كانت النفقة عليها لكونها
وارثين ، فلو كان مكان أم الأم أبو الأم كانت النفقة على أبي الأم وحده وهو غير
وارث . ولا شيء على أبي أبي الأب وهو الوارث الوحيد ، فأبو الأم وأم الأم
في درجة واحدة ، وأبو أبي الأب أبعد منهما وهو وارث ، فإذا وجد مع أم
الأم البرائة اشترك معها في النفقة ، وإذا وجد مع أبي الأم لا يتحمل شيئاً من
النفقة مع أنه الوارث والآخر غير وارث فأبي منطق يستسيغ هذا ؟ ! .

ولا غلص من هذا إلا أن نعتبر في الحالة الأولى النفقة على الأقرب درجة
واحداً أو أكثر حسب أنصباهم فتكون النفقة في المسألة السابقة على أم الأم
وحدها وكذلك أبو الأم .

فلو كانوا أقربوا في الحالة الأولى وهي ما إذا كانوا كلهم وارثين أن النفقة على
الأقرب واحداً أو أكثر لاستقام الأمر ولما وجدت هذه الغرائب ، ولصار الحكم
في الحالات الثلاث كلها على نسق واحد ولا يعكر عليه الترجيح بالأرث في الحالة

الثالثة وهي ما إذا كان بعضهم وارثاً والبعض غير وارث وتساوت درجاتهم لأنه متفق مع السبب العام وهو الجزئية وجعل الأرث مرجحاً فقط .

أما المعصية : فيذهبون إلى أن الأب إذا كان معسراً فلا نفقة عليه وجعل في حكم المدوم وانتقل الوجوب إلى أبي الأب ، فإن لم يكن موجوداً أو كان معسراً انتقل الوجوب إلى الجد الأعلى منه وهكذا ، فإن لم يوجد من هؤلاء الأجداد لأب أحد أو كانوا في حكم المدومين فالنفقة على الأم ، فإن لم تكن أو كانت معسرة انتقل الوجوب إلى أجدادها وجداتها وإن علوا الأقرب فالأقرب لا فرق بين الذكر والأنثى ، وإذا وجد أكثر من واحد في درجة واحدة كانت النفقة عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى دون نظر إلى جهة الأرث ، وأم الأب بحكم أم الأم وأبيها ، وكذا أم الجد لأب مع أبي الجد والجددة لأم وكذا يتساوى النفي فعلاً وقوة بالقدرة على الاكتساب^(١) .

(١) الروضة البهية شرح الفقه المحشي ج ٥ ص ٤٧٧ .

الفصل الثاني

في نفقة الأصول على الفروع

يراد بالأصول هنا الأب والأم والأجداد والجندات من جهتي الأب والأم
مها علواً .

تجب نفقة الأصل على الفرع إذا كان الأصل فقيراً لا مال له ولو كان قادراً
على الكسب ، لأن الله أمر بالأحسان إلى الوالدین ، وما يشملان كل الأصول في
غير آية ، كما أمر بمصاحبتها في الدنيا بالمعروف وإن كانتا كافرتين ، وليس من
الأحسان ولا المصاحبة بالمعروف أن يكلفا بالسعي على العيش بعد أن تقدمت بهما
السن وولدهما ينعم بالمال ، بل هو إزاءهما ، ولا يتفق مع قوله تعالى : « إما يلفن
عندك الكبير أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل رب ارحمهما كما
ربياني صغيراً » .

وفي هذا يقول الكاساني في بدائمه ^(١) « لو كان الشخص صحيحاً مكتسباً
لا يقضي له بالنفقة على غيره وإن كان معسراً إلا الأب خاصة والجد عند عدمه
فإنه يقضي بنفقة الأب وإن كان قادراً على الكسب بعد أن كان معسراً على
ولده المورس ، وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا عدم الأب » .

(١) ج ٤ ص ٣٥ .

ومن قبله يقول السرخسي^(١) « لا يحجر المورس على نفقة المعسر من قرابته إذا كان صحيحاً وإن كان لا يقدر على الكسب لأن الصحيح الذي لا زمانة به لا يعجز عن كسب القوت عادة إلا في الوالدين خاصة وفي الجد أبى الأب إذا مات الأب فإنه يحجر الولد على نفقته وإن كان صحيحاً لدفع الأذى الذي يلحقه بالكند والتعيب » .

ويشترط في الفرع الذي تجب عليه النفقة أن يكون قادراً على الكسب ولو لم يكن موسراً ، فمتى كان الفرع عنده قدرة على الكسب والأصل فقير لا مال له وجبت النفقة على الفرع لأصله ، وطولب بالسعي ليوفي بتلك النفقة ، فإن امتنع عن العمل أجبر على ذلك ، يستوي في ذلك اتفاقهما في الدين واختلافهما فيه ، لأن نفقة الأصل وجبت على فرعه بحق الولادة التي تتحقق بهما الجزئية بين الولد وأبيه .

وتجب على الفرع إذا كان واحداً ، وعند التعدد تجب على الأقرب ، فإن تعددوا وكانت درجاتهم واحدة وجبت عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى ، ولا بين الموافق في الدين والمخالف فيه ، ولا بين واسع اليسار وقليله^(٢) .

فلو كان للأصل بنت وولد وجبت عليهما مناصفة على الرأي الراجح ، لأن النفقة وجبت بسبب الجزئية وهما فيه سواء ، ولو كان له ابنتان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم وجبت عليهما مناصفة وإن كان أحدهما وارث والآخر غير وارث .

(٣) البسوط ج ٥ ص ٢٢٨ .

(١) وفي قول آخر يعتبر هذا الفرق إذا كان الفارق بينهما كبيراً ، وفي قول للملكية المتمدن عنهم أنه تقسم النفقة حسب اليسار في كل حال .

وكذلك لو كان له ابن وابن بنت وجبت عليها بالتساوي .

وان اختلف درجاتهم كانت النفقة على الأقرب دون الأبعد وإن كان الميراث للأبعد ، فمن له بنت بنت وابن ابن كانت النفقة على بنت بنته وحدها . ، وكذلك لو كان له ابن غير مسلم وابن ابن مسلم وجبت النفقة على الأول لقرب درجته .

ومن هذا ترى أن مسلك الحنفية هنا سليم لا اضطراب في تطبيقه ، لأنهم اعتبروا درجة القرابة وحدها دون اعتبار للأثر وعدمه ، وهو الذي يتفق مع الأصل الذي يقوم عليه وجوب النفقة وهو الجزئية بينما اضطربوا هناك في نفقة الفروع على الأصول فاعتبروا مرة الأثر ومرة القرب فاضطرب التطبيق .

والمراد بالنفقة هنا الكفاية من الطعام والكسوة والسكنى ، ولو احتاج الأصل إلى خادم لزم ، وكذلك لو كان محتاجاً لزوجته ، ولا يستطيع الاستغناء عنها لكبر سنه أو لعمزه بسبب المرض لزم ابنه نفقة الزوجة ، لأنها من تمام النفقة سواء كانت الزوجة أمماً للأب أو غير أمه .

أما إذا لم يكن الأب محتاجاً إليها ففي المذهب روايتان أرجحهما أنه لا تجب عليه نفقتها ، وهذا تقول الجعفرية .

طريقة الأنفاق : إذا كان الولد الذي وجبت عليه النفقة موسراً له مال فأنص عن حوائجه وجبت عليه النفقة لأبويه بالطريقة التي يختارها الأبوان ، فإن طلبا أخذ نفقة ليمشيا وحدهما أجيبا إلى طلبهما ، وكذلك إذا لم يكن له مال ولكنه يتكسب وكسبه يزيد عن حاجته بما يفي بحاجة والديه فإن امتنع أجبر على ذلك حتى لو كان الأب قادراً على الكسب وطرقه ميسرة له لما قلنا سابقاً .

فإن كان ما يفضل عن حاجته لا يكفي إلا أحدهما فالأم أحق به من الأب إن لم تكن متزوجة بغير أبيه في قول عند الحنفية ، ويؤيد ذلك حديث

البر السابق فإن رسول الله ﷺ قدم بر الأم على بر الأب بل وأكد ثلاثاً ، والاتفاق عليها نوع من البر فتقدم على الأب ، وقيل يقسم هذا القدر بينهما .

والجعفرية يقولون أن الأب إذا كان قادراً على الكسب لا نفقة له على ابنه ، لأنهم يشترطون فيمن يجب له النفقة عموماً أن يكون عاجزاً عن الكسب ، وفي هذه الحالة يكون الفائض للأم ، فإن كان الأب عاجزاً عن الكسب يعطي هذا القدر لهما إن أمكن انتفاعهما به وإلا أقرع بينهما .

فإن كان كسب الفرع لا يزيد عن حاجته لا تجب عليه نفقة لأحد من الأصول ، لأن شرط وجوبها أن يفضل ماله عن قوته وقوت زوجته ليومه الحاضر وليلته ، لأنها مواساة وهو ليس من أهلها ^(١) .

أما الحنفية فيقررون أنه لا تفرض للأصل نفقة خاصة وإنما يجب عليه في هذه الحالة إذا كان له أولاد أن يضم أصله أباً أو أمّاً إليه ليعيش معه ومع أولاده ، والمقاسمة في الطعام لا يترتب عليها ضرر كبير ، فإن طعام الاثنين يكفي الثلاثة ، وطعام الثلاثة يكفي الأربعة .

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « لو أصاب الناس السنة ^(٢) لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم فإن الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم »

فإن لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده فإنه يجب عليه ضم أبيه إليه إن كان عاجزاً عن الكسب لأي سبب ، لأنه ليس من المروءة أن يترك أباه العاجز يموت جوعاً أو يسأل الناس وهو يعيش في كفاية وكذلك أمه ولو كانت قادرة على الكسب ، لأن الأئمة في ذاتها عجز حكمي كما قدمنا .

(١) الروضة البهية ج ٥ ص ٤٧٣ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٤٦

(٢) السنة : الشدة والمجاعة

أما إذا كان أبوه قادراً على الكسب فلا يجب عليه ضمه ولا يجبر على ذلك قضاء ، لأن ضمه إليه على الدوام يؤدي إلى عجزه عن الكسب حيث يضعف مرور الأيام لعدم تكامل غذائه ، وربما أدى ذلك إلى هلاكها معاً ، ورسول الله ﷺ يقول : « أبدأ بنفسك ثم بمن تعول » .

والأصل أن كل قادر على العمل يجب عليه السعي لياكل من كسب يده ، استثنى منه حالة ما إذا كان للولد فضل كسب فإنه يصرفه إلى أبيه ليوفر له الراحة ويربحه من الكد وعناء العمل في أخريات حياته لأنه مقتضى الإحسان المأمور به .

أما حالة عجز الأب عن العمل ولا فضل لولده من كسبه فهي حالة ضرورة وهي تقدر بقدرها وعلى الولد فيها أن يضاعف جهده في العمل ليزيد كسبه

الفصل الثالث

في نفقة المواشي وهم الأقارب غير الأصول والفروع

قدمنا أن القرابة الموجبة للنفقة عند الحنفية هي القرابة المحرمة دون نظر للاتحاد في الدين بين الأصول والفروع ، أما غيرهم فلا يسد من ذلك لتتحقق فيهم أهلية الأثر .

وعلى هذا يكون المراد بالمواشي هنا الأقارب من غير الأصول والفروع قرابة نسبية محرمة أي يحرم فيها على القريب أن يتزوج قريبة لو افترضنا أحدهما ذكراً والآخر أنثى كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، فهؤلاء تجب لهم النفقة إن كانوا أهلاً للأثر وإن لم يكونوا وارثين بالفعل لقوله جل شأنه « وعلى الوارث مثل ذلك » .

فالموجب للنفقة القرابة النسبية المحرمة مع أهلية القريب للأثر في الجملة .

فإذا كانت قرابة غير نسبية كالأخوة من الرضاع ، أو كانت نسبية ولكنها غير محرمة كأولاد الأعمام والعمات ، وأولاد الأخوال والخالات ، أو كانت

نسبية معمرية ولكن صاحبها ليس أهلاً للميراث . كالأخوة المخالفين في الدين^(١)
فإن هذه الأصناف لا تجب لها النفقة لعدم توافر الصفات الموجبة لها . وقد قدمنا
الأدلة على ذلك .

ويشترط لوجوب نفقة هؤلاء الأقارب من ذوي الأرحام المحارم .

١ - أن يكون من تجب له النفقة ومن تجب عليه متعدين في الدين لأن
سبب وجوب النفقة لهؤلاء هو القرابة المحرمة مع استحقاق الأثر في الجملة ،
ولا توارث بين المختلفين في الدين .

٢ - أن يكون من تجب له النفقة فقيراً عاجزاً عن الكسب لسبب من
الأسباب كالصغر والأنونة والمرض المزمن وغيرها ، فلو كان قادراً على الكسب
وإن لم يمكن له مال لا تجب له نفقة على غيره ، لأن القدرة على الكسب
غنى .

٣ - أن يكون من تجب عليه النفقة موسراً ، لأن النفقة على ذي الرحم
المحرم صلة وهي لا تجب إلا على الأغنياء .
ويتحقق اليسار الموجب للنفقة عند أبي يوسف بملك نصاب الزكاة زائداً عن
سوائجه الأصلية لأنه يعتبر غنياً بهذا والنفقة صلة لا تجب إلا على الأغنياء .

وفرق محمد بن الحسن بين صاحب الفلة (المورد الثابت) وبين صاحب الحرفة ،
فقدّر يسار الأول بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله لمدة شهر لينفق منه على قريبه ،
فإن لم يفضل منه هذا القدر لا تجب عليه نفقة ، وقدّر يسار الثاني بما يفضل

(١) وكذلك القريب النسبي المحرم الذي جاءت حرمة بسبب غير القرابة كبنت العمّة
التي وضعت مع ابن خالها من امرأة واحدة فهذه وإن حرم عليه تزوجها لكن الحرمة جاءت
من طريق الرضاخ لا من قبل القرابة النسبية .

عن نفقته ونفقة عياله من كسبه اليومي ، لأن النفقة وجبت لدفع الهلاك عن
القريب فيجب على من قدر على ذلك ، والذي يزيد كسبه عن حوائجه وحوائج
عياله يعتبر قادراً على دفع الهلاك عن قريبه .

وقد اختار رأي محمد الكمال بن المهام وغيره ، وقال عنه صاحب البدائع :^(١)
إنه الأوفق ، لأنه إذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جميعه فإذا على
كفايته يجب صرفه إلى أقاربه كفضل ماله إذا كان له مال وهو الأوفق لزمنا ،
لأن ملك نصاب الزكاة لا يعتبر غنى يوجب الانفاق على الغير لأن النفقة
متجددة ، فماذا يعني النصاب الذي قد يستهلك في شهور ويصبح صاحبه فقيراً
بمد أن كان غنياً بخلاف الفائض اليومي .

هذا ويشترط لوجوب أدائها قضاء القاضي بها أو التراضي عليها ، ولهذا
لو ظفر الفقير من هؤلاء بما هو من جنس النفقة من مال قريبه ليس له أن يأخذ
قبل القضاء أو التراضي بخلاف نفقة الأصول والفروع كما قدمنا عند عرض
أصول النفقات .

فإذا توافرت هذه الشروط وجبت النفقة ، وحينئذ إن لم يكن للفقير المحتاج
إلا قريب واحد قادر عليها وجبت عليه وحده ، وإن كان له أكثر من قريب
قادر على الأنفاق ، فلما أن يكونوا كلهم من ذوي الأرحام أولاً بأن يكون
بعضهم محرماً والآخر غير محرم .

فإن كان فيهم غير محرم فالنفقة على القريب المحرم ما دام أهلاً للأثر في
الجملة وإن كان الآخر هو الوارث بالفعل . كما لو كان للمحتاج خال وابن عم
فالنفقة على الخال وحده لكونه من ذوي الأرحام ، ولا تجب على ابن العم وإن

(١) ج ٤ ص ٣٥

كان هو الوارث بالفعل لأنه غير محرم .

وإن كانوا كلهم من ذوي الأرحام ولهم أهلية الإرث . فإن كانوا كلهم وارثين بالفعل وجبت عليهم النفقة على حسب أنصبتهم في الميراث ، وإن كان بعضهم وارثاً بالفعل والآخر محجوباً عنه وجبت على الوارث بالفعل واحداً كان أو أكثر حسب أنصبتهم .

فمن كان له أخ شقيق وأخوان لأم كانت النفقة عليهم بنسبة أنصبتهم على الأخ الشقيق الثلثان ، وعلى الأخوين لأم الثلث مناصفة .

ولو كان له أخت شقيقة وعم وأخت لأم فعلى الشقيقة النصف وعلى الأخت لأم السدس وعلى العم الثلث لأن نصيب الشقيقة في الميراث النصف فرضاً ، والأخت لأم السدس فرضاً ، والعم الباقي بالتعصيب وهو الثلث ولو كان له أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم وزعت النفقة عليهم حسب أنصبتهم في الميراث ، فعلى الشقيقة ثلاثة أخماسها وعلى كل من الآخرين خمسا . وذلك لأن نصيب الشقيقة بالفرض نصف التركة $\frac{3}{4}$ ، والأخت لأب سدسها تكمة للثلثين

$\frac{1}{4}$ ، ونصيب الأخت لأم السدس فرضاً $\frac{1}{4}$ فالمسألة من ٦ فيبقى منها سهم برء عليهم بقدر أنصبتهم التي هي ٣ ، ١ ، ١ ..

وإذا كان له أخ شقيق وأخ لأب وأخ لأم كانت النفقة على الشقيق والأخ لأم . سدسها على الأخ لأم ، لأن نصيبه في الميراث السدس ، وخمسة أسداسها على الشقيق ، لأنه عاصب يأخذ الباقي ، ولا شيء على الأخ لأب لأنه لا يرث لحجبه بالأخ الشقيق .

وإذا كان له خال وعم كانت النفقة على العم وحده لأنه الوارث ، ولا شيء

على الحال لأنه من ذوي الأرحام وهم لا يرثون مع وجود العاصب (١).

هذا إذا كان كل المحارم موسرين ، فإن كان بعضهم معسراً لا تجب عليه نفقة لعدم توفر شرط وجوبها وتجب على الباقيين بنسبة أنصبتهم في الميراث ، وتحت ذلك صورتان .

الأولى : أن يكون ذلك المعسر يحوز كل التركة عند اجتماعه مع الآخرين ،
والثانية : أن يكون صاحب نصيب فيها فقط .

ففي الصورة الأولى نفترضه معدوماً ، ونعتبر الموسرين هم الورثة ونقسم التركة عليهم ، ويعد معرفة نصيب كل منهم تقسم نفقة المحتاج عليهم بقدر أنصبتهم ، فإذا كان للقريب المحتاج هم معسر ، وعمة وخالة موسرتان ، فالعم هنا الوارث يأخذ كل التركة لأنه عاصب ، والعمة والحالة من ذوي الأرحام لا ميراث لهما مع العاصب ، فنفترض العم غير موجود ، فتكون العمة والحالة وارثتين ، فتقسم التركة عليهما أثلاثاً للعمة الثلثان لأنها من أقارب الأب ، وللخالة الثلث لأنها من أقارب الأم ، فتقسم النفقة عليهما أثلاثاً على العمة الثلثان ، وعلى الحالة الثلث ، وكذلك لو كان مكان الحالة خال كان عليه ثلث النفقة ، لأن نصيبه في الميراث هنا الثلث .

وفي الصورة الثانية : نقسم التركة على الكل بما فيهم المصير يعرف نصيب كل واحد ، ويعد معرفة نصيب كل واحد من الموسرين تقسم النفقة عليهم حسب أنصبتهم .

فلو كان له أخت شقيقة معسرة وعم وأخت لأم قالت التركة إذا قسمت عليهم

(١) وعند الجسدية النفقة عليها بالسوية ، لأن العم عندهم ليس عاصباً ، بل هو مثل الحال يرثان عند عدم أصحاب الفروض ، وهذا على قول من يقول بوجوب النفقة لغير الأصول والفروع .

كان للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت لأم السدس ، وللمم الباقي بالتعصيب وهو الثلث والمسألة من ٦ للشقيقة منها ٣ ، وللأخ لأم ١ ، وللمم ٢ يلغى نصيب الأخت وتقسم النفقة على المم والأخت لأم أثلاثاً على المم الثلثان ، وعلى الأخت لأم الثلث .

ولو كان له أخ شقيق معسر وعم وأخت لأم فالمم هنا غير وارث بالفعل فينحصر الميراث في الأخ الشقيق والأخت لأم ، وبما أن الشقيق معسر تكون النفقة كلها على الأخت لأم وحدها (٢) .

(٢) راجع المبسوط ج ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها . البدائع ج ٤ ص ٣٢

الفصل الرابع

في ترتيب وجوب النفقة إذا اجتمع للمحتاجين أكثر من نوع من أقاربه

الحالات السابقة كانت النفقة فيها واجبة على نوع واحد من الأقارب .
أصول فقط ، أو فروع فقط أو حواشي فقط واحداً أو أكثر من كل نوع ، وقد
يجتمع للمحتاجين أقارب من نوعين أو أكثر وهي حالات أربع فقد يجتمع له
أصول وفروع ، أو أصول وحواشي ، أو فروع وحواشي ، أو أصول
وفروع وحواشي .

واليك بيان من يجب عليه النفقة في تلك الحالات

الحالة الأولى اجتماع الأصول والفروع .

إذا اجتمع للمحتاج للنفقة أصول وفروع ووفر فيهم شرط وجوب النفقة
عليهم وجبت للنفقة على أقربهم دون اعتبار الأثر عند اختلاف الدرجة :

فمن كان له أب وابن ابن فالنفقة على الأب ، ولو كان مكان الأب أم وجبت

النفقة عليها ، ولو كان له أب وأم وابن ابن كانت النفقة على الأب وحده لأن الأب لا يشارك أحد في نفقة أولاده كما سبق .

ومن كان له أب أو أب أو أبو أم وابن ابن ابن فالنفقة على الجد في صورتين ، وإن كان أحدهما وارثاً والآخر غير وارث ، وابن ابن الابن وارث في الحالتين .

ولا يقال : كيف تجب النفقة على أبي الأم وهو غير وارث ، لأن النفقة هنا تقوم على الجزئية والقرب وهو أقرب من ابن ابن الابن كما تقدم في نفقة الفروع على الأصول في الحالة الثالثة .

وإن تساوا في الدرجة وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل شرعي يرجح وجوبها على أحدهم ، فلو كان للمحتاج جده لأب وابن ابن وجبت النفقة عليها بنسبة ميراثها على الجد السدس ، وعلى ابن الابن خمسة أسداسها لاتحاد درجتهما في القرابة .

ولو كان مكان ابن الابن بنت وجبت النفقة عليها وعلى الجد مناصفة لأن نصيب البنت في الميراث النصف ، ونصيب الجد السدس فرضاً والباقي تعصيباً . ولو كان له أب وابن وجبت النفقة على الابن وحده لوجود الدليل وهو أن للأب شبهة حق وملك في مال ولده لحديث « أنت وما لك لأبيك » فيترجع وجوب النفقة عليه بهذا الدليل .

ولهذا قرر الفقهاء : إنه لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد كما لا يشارك الأب في نفقة أولاده أحد إذا كان قادراً عليها ولو بالعمل والسعي ، وكذلك لو كان مكان الأب أم فلا نفقة عليها .

وإذا كان له أبو أب وبنت بنت وجبت النفقة على الجد وحده لأنها وإن تساوى في الدرجة إلا إن أحدهما وهو الجد وارث ، والآخرى وهي بنت البنت

غير وأرثة فيترجح وجوب النفقة على الجدة بالميراث (١١) .

ومن هذا العرض ترى أنه عند اجتماع الأصول والفروع تجب النفقة أولاً على الأب المباشِر إن وجه لوجود شبهة ملك للأب في ماله ، ومثله الميت ، فإن لم يكن ابن ووجد أب وجبت النفقة عليه وحده لأنه لا يشاركه أحد في نفقة أولاده ، فإن لم يكن لا هذا ولا ذاك اعتبر قرب الدرجة بصرف النظر عن كونه وارثاً أو غير وارث ، فإن تساوا في الدرجة فالترجيح بالأرث بالفعل ، فإن كانوا وارثين كلهم وجبت عليهم بنسبة أنصابتهم .

الحالة الثانية وهي اجتماع الأصول والحواشي .

إذا وجد للسحتاج للنفقة أقارب من الأصول والحواشي توافرت فيهم شروط وجوب النفقة عليهم ، فإما أن يكونوا وارثين أو يكون بعضهم وارثاً والآخر غير وارث .

فإن كانوا كلهم وارثين قسمت النفقة عليهم جميعاً حسب أنصابتهم في الميراث لا فرق بين أن يكون الموجود من كل نوع واحداً أو أكثر ، فمن كان له أم

(١) أورد على أحكام هذا النوع بأن بعض أحكامه يتعارض مع بعض أحكام اجتماع الأصول فقط فإذا اجتمع أم وجد لأب وابن ابن فإن مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والفروع هنا أن تكون النفقة على الأم وحدها لأنها الأقرب ، ومقتضى قاعدة اجتماع الأصول وحدهم السابقة في الحالة الأولى منها أنه إذا اجتمع مع الأم جد لأب تكون النفقة عليهما لأنهما وارثان ، فترى من ذلك أن الأم إذا وجد معها الجد فقط شاركها في ثلثي النفقة . ولما وجد معها ابن ابن وهو وارث أيضاً وجبت النفقة عليها وحدها مع أن نصيبها في الحالة الأولى في الإرث الثلث ، وفي هذه الحالة نصيبها السدس فقط وهو أمر غريب جداً . وفي رأيي أن الترابية لم تنشأ عن الطريقة في هذا القسم لأنها سليمة ومستقيمة ، وأما الطريقة هناك في هذه الحالة فهي مشتقة عن الترابية وقد سبق أن تعددنا وبيننا أنه كان الأرقق أن تكون النفقة على الأقرب في حالة ما إذا كانوا كلهم وارثين .

وأخ شقيق أو لأب فنفقته عليها أثلاثاً على الأم الثلث ، وعلى الأخ الثلثان لأنه عاصب يأخذ الباقي بعد نصيب الأم وهو الثلث .

وإن كان مكان الأخ أخوان أو أكثر كلهم أشقاء أو لأب كان على الأم السدس لأن ميراثها مع الجمع من الأخوة السدس ، وعلى الأخوة الباقي بالتساوي .
ولو كان له جدة لأم وجدة لأب وأخ لأم وأخ لأب كانت النفقة عليهم حسب أنصبتهم فعمل الجدتين السدس مناصفة ، وعلى الأخ لأم السدس ، وعلى الأخ لأب الباقي وهو الثلثان .

وإن كان أحد النوعين وارثاً والآخر غير وارث : فإن اعتبار الأثر يلغى وتكون النفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين والحواشي أقرب منهم .

فمن له جد لأم وأخ شقيق أو عم كانت النفقة على الجد لأم ، لأن أحد النوعين وارث وهو الأخ الشقيق أو العم ، والآخر غير وارث وهو الجد لأم .

وهذا - كما ترى - أمر غريب لأن الأصل لو كان وارثاً شاركه من كان من الحواشي في النفقة ، وإذا كان غير وارث انفرد بالنفقة ، وأغرب من هذا إذا كان الأصل غير وارث وهو أبعد من كان من الحواشي كما في جدة غير صحيحة كأم أبي الأم ، وأخ شقيق فإن النفقة تجب على الجدة وهي أبعد من الأخ وغير وارثه ، ولو قارنا هذه المسألة بمسألة لما إذا كان مع الأخ أو العم أم فاتها يشتركان في النفقة لازدادت الغرابة .

ولو كان له أبو أب وعم شقيق كانت النفقة على الجد لأن أحد الصنفين وارث والآخر غير وارث .

وكذلك لو كان مكان العم أخ شقيق عند أبي حنيفة ، لأن الجد يجب

الأخوة وهو الراجح في المذهب الحنفى وقد كان هذا هو المعمول به في الميراث وفي النفقة قبل صدور قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

أما بعد صدوره فقد تغير العمل وأصبح الجدة يشارك الأخوة في الميراث ، وبناء عليه تغير العمل في النفقة فصار المعمول به مذهب الصاحبين ، فتكون النفقة هنا مناصفة بين الجدة والأخ .

هذا إذا كان الموجود من كل نوع واحدا . فإن وجد في كل نوع أكثر من واحد فإننا ننظر لكل نوع على حدة ونرجح من ترجحه القواعد الخاصة به ، ثم نطبق قاعدة اجتماع النوعين ونفرض النفقة على من تجب عليه .

فلماذا اجتمع للمحتاج للنفقة أم وجد لأم وأخ شقيق وعم ، فلماذا نظرنا للأصول نجد الأم أقرب وهي وارثة ، والجدة لأم أيمد وغير وارث فيستبعد ، وإذا نظرنا إلى الحواشي وجدنا الأخ هو الوارث ويحجب الأم فيستبعد الأم كذلك وما بقي من النوعين وارث فتجب النفقة عليها بنسبة الميراث فعلى الأم الثلث ، وعلى الأخ الثلثان .

وإذا كان له أم وجد لأب وأخ شقيق فعلى رأي أبى حنيفة الذي يحجب الأخوة بالجدة فتكون النفقة على الأصول وحدهم وكان مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والحواشي وأحد النوعين وارث والاخر غير وارث أن تكون النفقة على الجدة والأم أثلاثا ، غير أنه وجد هنا مانع من مشاركة الأم للجدة في النفقة ، وهو أن الجدة عند حجبها للأخوة يعتبر أبا حكما فألت المسألة إلى اجتماع الأم والأب وعند اجتماعهما تكون النفقة على الأب وحده فتكون النفقة هنا على الجدة وحده ^(١) وهو الراجح في المذهب الحنفى ، ولو اجتمع جد لأب وجد لأم

(١) يقول ابن عابدين في رد المحتار ج ٧ ص ٧٢٧ : وجه ذلك أن الجدة يحجب الأخ لتزويله

وأخ شقيق فإن النفقة على الجد وحده أيضاً عند أبي حنيفة لأن الجد لأب ترجح على الجد لأم حسب قواعد اجتماع الأصول فقط . وهو أن النفقة على الوارث فلا يعتبر الجد لأم موجوداً فيبقى الجد لأب من الأصول ، والأخ من الحواشي ، وأحد النوعين وارث والآخر غير وارث فتكون النفقة على الأصول حسب قاعدة اجتماع الأصول مع الحواشي .

وعند صاحبين النفقة . على الجد لأب والأخ مناصفة حسب الميراث لأن كلا من النوعين وارث بعد استبعاد الجد لأم . وعلى رأيهم يجري العمل في مصر .

الحالة الثالثة وهي اجتماع الفروع والحواشي .

إذا اجتمع للمحتاج للنفقة فروع وحواشي توافرت فيهم شروط وجوب النفقة على الفروع فقط لأن العبارة هنا يكون المنفق جزءاً من المنفق عليه ، فتسقط الحواشي بوجود الفروع ويصرف النظر عن القرب والميراث في مجموع النوعين .

فلو كان للمحتاج بنت وأخت فالنفقة على البنت وإن كانت الأخت تراث مع البنت .

ولو كان له بنت بنت مع الأخت أو الأخ فالنفقة على بنت البنت وإن لم تكن وارثة حتى ولو كانت مخالفة في الدين لمن وجبت له النفقة ، لأنه لا اعتبار للأثر في نفقة الفروع للأصول فإذا تعددت الفروع تطبق القاعدة السابقة فيقدم الأقرب فالأقرب ، وإن تساوا في الدرجة كانت النفقة على الكل بالتساوي لا فرق بين

منزلة الأب وسبب تحقق تنزيه منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجوداً حقيقة لا تشاركه الأم في وجوب النفقة فكذا إذا كان موجوداً حكماً فتجب على الجد فقط ، بخلاف ما لو كان للغير أم وجد لأب فقط فإن الجد لم يترك منزلة الأب فوجب عليهما أثلاثاً في ظن الرواية .

وارث وغير وارث ولا بين ذكر وأنثى (١) .

فإن كان الفرع في هذه الصورة معسراً ولا يقدر على الكسب وجبت النفقة على الحواشي باعتبار أنصبتهم في الميراث .

فإن كان الفرع في هذه الحالة يحوز كل التركة بفرض معدوماً ليتمكن اعتبار الحواشي وارثين وتقسم النفقة عليهم حسب أنصبتهم في الميراث .

فلو كان لفقير ابن معسر عاجز عن الكسب وأخ شقيق وأخوان لأم موسرون نعتب الأبن معدوماً لأنه يحوز كل الميراث فيكون الميراث للأخوة الثلاثة بعد افتراض الابن غير موجود فتجب النفقة عليهم حسب أنصبتهم في الميراث ، فيكون على الأخوين لأم الثلث مناصفة لأن نصيبهم في الميراث ذلك ، وعلى الأخ الشقيق الباقي لأنه يحوز بقية التركة بالتعصيب .

وإن كان الفرع المعسر لا يحوز كل التركة فلا يفرض معدوماً بل تقسم التركة على الفروع والحواشي ويسقط نصيب المعسر ، وتقسم النفقة على الحواشي الوارثين حسب أنصبتهم .

فلو كان له بنت معسرة وأخ شقيق وأخ لأم فلا تفرض البنت معدومة لأنها لا تحوز كل التركة بل تنظر إلى ميراث الأخوين معها فتجد أن البنت تستحق نصف التركة ، وللأخ الشقيق الباقي ولا شيء للأخ لأم لأنه محجوب بالبنت ، فيكون الوارث من الحواشي هو الأخ الشقيق فتجب النفقة عليه وحده لمسر البنت .

(١) رد المحتاز ج ٢ ص ٧٣٧ .

الحالة الرابعة وهي اجتماع الأصول والفروع والحواشي .

إذا اجتمعت الأنواع الثلاثة وتوافرت فيهم شروط إيجاب النفقة فلا اعتبار لحواشي لأنهم يسقطون بالفروع كما في الحالة السابقة ، وتكون النفقة على لأصول والفروع وتطبق قاعدة اجتماعهم كما شرحناه في الحالة الأولى مسن حالات الاجتماع .

وهي أن النفقة تجب على أقربهم دون اعتبار الأثر عند اختلاف درجاتهم ، وإن تساوا في الدرجة وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل رجح وجوبها على أحدهم كما إذا كان للمحتاج أب وابن فإن النفقة تكون على الابن وحده ، أو كان أحدهما وارثاً والآخر غير وارث فإن النفقة تكون على الوارث وحده .

هذا إذا كان الأصول والفروع قادرين على النفقة ، أما إذا كانوا غير قادرين عليها فالنفقة تجب على الحواشي في هذه الحالة ونطبق قاعدة الأصهار السابقة . فلو كان للمحتاج أم وبنت معسران وجدة لأب وعم وأخ لأم موسرون فالنفقة هنا على العم وحده ، لأن الميراث هنا للأم والبنت والعم ، أما الجدة فهي محجوبة بالأم ، والأخ لأم محجوب بالبنت لأن الأم والبنت معسران لاحتوزان كل الميراث فلا يفترض عدمهما ، وتقسم التركة على الأم والبنت والعم ، للأم السدس والبنت النصف وللعم الباقي .

ولو كان مكان البنت ابن معسر وعاجز عن الكسب فيفرض الابن معدوماً لأنه يأخذ بقية التركة بعد نصيب الأم ، ولأنه لو فرض موجوداً لحجب الحواشي والفرض أن الأم معسرة فلا يوجد من تفرض عليه النفقة ، أما الأم فلا تفرض معدومة لأنها لا تحوز كل التركة .

وإذا فرض الابن معدوماً لا يحجب الأخ لأم ، ولأنه لا يفرض الأم معدومة

فتجب الجدة بها وتصبح المسألة من اجتماع الأصول والخواشى وكلهم ورثة فتكون النفقة عليهم حسب الميراث وتغنى الأم لمرها ، وعند تقسيم التركة بين الأم والعم والأخ لأم يكون للأم الثلث ، وللأخ لأم السدس ، وللعم الباقي وهو النصف ، والمسألة من ٦ نسقط منها ٢ نصيب الأم ، ويبقى للعم ٣ وللأخ لأم ١ ، فتقسم النفقة عليهما على الأخ لأم ربعها ، وعلى العم باقيها .

تلك هي القواعد التي تفرض على أساسها النفقة للأقارب في المذهب الحنفي وهو المعمول به في مصر وفي المحاكم السنية بלבنا ، وقد رأيت ما فيه من بعض الغرائب لذلك عدل عنه واضعوا مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد في مصر في بعض المسائل إلى المذاهب الأخرى ولعل الله يحدث بعد ذلك أمراً .

وبانتهاء مباحث الكتاب أجدني مأزماً بأن أختتمه كما بدأت بحمد الله الذي أحاط بكل شيء علماً على عونه وتوفيقه . هاتفاً في خشوع « سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا » سائلاً إياه في ضراعة أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم . فأما لكل من أراد الاستفادة منه حتى يبقى عملي موصولاً إنه أكرم مسئول ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

وصل اللهم على خاتم النبيين وإمام المرسلين ، وعلى آله الأطهار ، وصحبه الأبرار وعلى كل من اقتدى بهم ، وسار على درجهم إلى يوم الدين .

المؤلف

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٥	تقديم الطبعة الأولى
٧	فاتحة الكتاب
١١	المقدمة في بيان المراد بالأحوال الشخصية ومرجع القضاء فيها
١٤	لحة تاريخية عن مرجع القضاء في الاسلام وتقنين احكام الأحوال الشخصية

القسم الاول في الزواج وآثاره

٢٥ - ٥٧

الباب الاول : في الزواج ومقدماته

٢٦-٧٢	الفصل الاول في التعريف به وشرعيته وحكمة مشروعيته وصفته الشرعية
٢٢	شرعية الزواج
٢٧	حكمة مشروعيته أو النابة من تشريعه
٤٤	حكم الزواج أو صفته الشرعية

الفصل الثاني في مقدمات العقد

٥٠	تبييد في تعريف الخطبة
٥٠	المبحث الاول : في النظر الى المخطوبة
٥٤	المبحث الثاني : في من تباح خطبتها
٥٩	المبحث الثالث : في الخطبة على الخطبة

احكام الامرة (٥٥)

٨٦٥

الصفحة	الموضوع
٦١	انظر هذه الخطبة في العقد المترتب عليها
٦٢	هل للخطبة إجراءات مرسومة
٦٥	المبحث الرابع : في العدول عن الخطبة
٦٥	العدول عن الخطبة
٦٧	ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان
٦٨	الاختلاف فيما قدمه الخاطب لخطوبته
٦٩	الضرر المترتب على العدول عن الخطبة
١٦٠-٧٥	الباب الثاني : في اركان العقد وشروطه وطرق إثباته وأنواعه
٧٧	تمهيد في بيان معنى الركن والشرط
٨٠	الفصل الأول في اركان الزواج
٨٠	المبحث الأول : في صيغة العقد والغايتها
٨٥	هل يشترط في صيغة الزواج أن تكون باللغة العربية
٨٧	المبحث الثاني : في انعقاد الزواج بغير الكلام
٨٧	الكتابة
٨٩	إرسال الرسول
٨٩	الأقرار بالزواج
٩٠	هل ينعقد بواسطة الهاتف
٩١	المبحث الثالث في انعقاده بصورة واحدة
٩٥	الفصل الثاني : في شروط الزواج
٩٧	المبحث الأول : في شروط الإنعقاد
١٠٢	المبحث الثاني : في شروط الصحة
١٠٤	آراء الفقهاء في الشهادة في الزواج
١٠٩	شروط الشهود

الصفحة	الموضوع
١١٨	المبحث الثالث : في شروط النفاذ
١١٩	المبحث الرابع : في شروط الزوم
١٢٥	الفصل الثالث في طرق إثبات الزواج وترويج الصغار
١٢٥	المبحث الأول : في إثبات الزواج
١٢٦	المبحث الثاني : في ترويج الصغار
١٢٦	موقف الفقهاء من ترويج الصغار
١٢٨	موقف القانون في لبنان
١٣١	موقف القانون في جمهورية مصر العربية
١٣١	١ - في إجراء عقد الزواج
١٣٣	٢ - في سماع دعوى الزوجية
١٣٨	الفصل الرابع : في أنواع الزواج من الاطلاق والتقييد في صيغته
١٣٩	المبحث الأول : في الزواج المطلق والمضاف
١٤٠	المبحث الثاني : في المؤقت
١٤٢	المبحث الثالث : في زواج التمتع بين الماتمين والمجوزين
١٥٣	المبحث الرابع : في الزواج المقترون بشرط
١٥٤	مذهب الحنفية في الشروط
١٥٧	مذهب الجعفرية
١٥٨	اشتراط الخيار في الزواج
٢٥٠-١٦١	الباب الثالث : في المحرمات من النساء
١٦٤	الفصل الأول في المحرمات على التاييد
١٦٤	المبحث الأول : في المحرمات بالنسب
١٦٧	آراء الفقهاء في تحريم بنت الزنا
١٦٩	المبحث الثاني : في المحرمات بالمصاهرة

الصفحة

الموضوع

١٧٤	آراء الفقهاء في تحريم المصاهرة بالزنا
١٧٧	حكمة التحريم بسبب المصاهرة
١٧٨	المبحث الثالث : في المحرمات بالرضاع
١٨٠	الأنواع المحرمة بالرضاع والخلاف فيها
١٨٢	قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمستثنيات منها
١٨٦	الرضاع المحرم
١٨٧	معنى الرضاع والخلاف فيه
١٨٨	شروط الرضاع المحرم
١٨٩	اللبن المخلوط والتحريم به
١٩٠	المقدار المحرم وآراء الفقهاء فيه
١٩٧	لبن الفحل وموقف الفقهاء فيه
١٩٨	الأخوة بالرضاع وأنواعهم
١٩٩	ما يثبت به الرضاع
٢٠٠	الأقارب من الرجل والمرأة
٢٠١	البينة ومقدارها
٢٠٤	حكمة التحريم بالرضاع
٢٠٦	الفصل الثاني في المحرمات مؤقتا
٢٠٦	المبحث الأول : في زوجة الفير ومعتقيه
٢٠٨	حكم الزواج بالزانية
٢١٠	المبحث الثاني : في الجمع بين محرمين
٢١٥	أثر الجمع بين الأختين ومن في حكمهما
٢١٧	المبحث الثالث : في المطلقة ثلاثا
٢١٩	المبحث الرابع : في اللامنة
٢٢٠	المبحث الخامس : في تحريم من لا تدعى بنين سماوي
٢٢٣	الزواج بالمجوسية والخلاف فيها
٢٢٥	حكم الكتابية إذا اعتقدت التثليث
٢٢٨	حكمة حل التزوج بالكتابية دون المشركة

الصفحة	الموضوع
٢٣١	الزواج بالصائبة
٢٣٣	المبحث السادس : في الجمع بين أكثر من أربع
٢٣٥	الجمع المشروع وشروطه
٢٣٧	المراد بالعدل المشروط لأباحة التعدد
٢٤٠	حكمة تشريع تعدد الزوجات
٢٤٢	الشبه التي تثار حول تعدد الزوجات والرد عليها
٢٤٥	خاتمة بحث تعدد الزوجات في جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم
٢١٦-٢٥١	الباب الرابع : في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج
٢٥٣	الفصل الأول في الولاية
٢٥٣	التعريف بالولاية
٢٥٥	المبحث الأول : في شروط الولي
٢٥٧	المبحث الثاني : في الولاية القاصرة ولن تثبت
٢٥٨	آراء الفقهاء في تولي المرأة الرشيدة عقد الزواج
٢٦٥	عقد زواجها عند الحنفية وموقف الولي منه
٢٦٦	المبحث الثالث : في من تثبت له الولاية المتعينة
٢٧٣	فنية الولي القريب وعضله
٢٧٥	المبحث الرابع : في أنواع الولاية المتعينة وعلى من تثبت
٢٧٦	آراء الفقهاء في ثبوت الولاية الجبرية على البكر الرشيدة والراجع منها
٢٨٢	بم يتحقق الرضا والمراد بالبكر والثيب
٢٧٦	آراء الفقهاء في ثبوت الولاية الجبرية على البكر الرشيدة والراجع منها
٢٨٥	ولاية الجبر على الثيب الصغيرة
٢٨٦	من تثبت له ولاية الأجبار
٢٨٧	المبحث الخامس : في أحكام تزويج الأولياء وأثر القانون في الولاية
٢٩١	الفصل الثاني في الكفاءة في الزواج
٢٩١	معناها والأمور الاعتبارية فيها

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني : في أي الجانبين تعتبر وصاحب الحق فيها ووقت اعتبارها	٣٠١
الشبه التي تثار حول اعتبار الكفاءة	٣٠٦
الفصل الثالث في الوكالة في الزواج	٣٠٩
انواع الوكالة من حيث الاطلاق والتقييد	٣١١
حكم الوكالة	٣١٥
الباب الخامس : في احكام عقد الزواج	٣١٧ - ٤٥٨
الفصل الاول في انواع الزواج غير اللازم	٣١٩
المبحث الاول : في الزواج الباطل	٣١٩
المبحث الثاني : في الزواج الفاسد	٣٢١
المبحث الثالث في الزواج الموقوف	٣٢٣
المبحث الرابع في الزواج النافذ غير اللازم	٣٢٤
الفصل الثاني في الحقوق غير المالية في الزواج اللازم	٣٣٦
المبحث الاول : في الحقوق المشتركة بين الزوجين	٣٣٦
المبحث الثاني : في حقوق الزوج	٣٣٨
المبحث الثالث : في حقوق الزوجة غير المالية	٣٣٤
الفصل الثالث في المهر	٣٣٩
المبحث الاول في التعريف وسبب وجوبه وعلى من يجب	٣٣٩
المبحث الثاني في مقدار المهر	٣٤٥
المبحث الثالث في انواع المهر	٣٥٠
مهر المثل	٣٥٠

٢٥١	الاختلاف في مهر المثل
٢٥٣	الحالات التي يجب فيها مهر المثل
٢٥٥	المهر المسمى ومتى يجب
٢٥٦	تسمية مهر المثل منفعة
٢٥٨	الجمع بين المال والمنفعة عند تسمية المهر
٢٦٣	المبحث الرابع في الزيادة في المهر والخط منه
٢٦١	ما يجب في العقد الفاسد من المهر
٢٦٦	المبحث الخامس في تعجيل المهر وتأجيله
٢٧١	المبحث السادس في مؤكيدات المهر
٢٧٤	الخلوة والخلاف في كونها كاللدخول
٢٧٨	المبحث السابع في الخلوة الصحيحة وأحكامها
٢٧٩	الأحكام التي تشترك فيها الخلوة مع الدخول
٢٨١	الأحكام التي يختلفان فيها
٢٨٢	الاختلاف في حصول الخلوة
٢٨٥	المبحث الثامن فيما يتأثر به المهر بعد وجوبه
٢٨٩	مقدار المتعة
٢٩٣	المبحث التاسع في ولاية قبض المهر والتصرف فيه
٢٩٧	المبحث العاشر في ضمان المهر
٤٠٠	هلاك المهر واستهلاكه
٤٠١	استحقاق المهر للغير
٤٠٢	المبحث الحادي عشر في الاختلاف في المهر وقضاياه
٤٠٨	الاختلاف في وصف القبوض أو هدية أم من المهر
٤١٠	المبحث الثاني عشر في الجهاز ومتاع البيت والتزاع فيهما
٤١٢	الأب وجهاز ابنته
٤١٤	الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت

الصفحة	الموضوع
٤١٧	الفصل الرابع في النفقة
٤١٧	المبحث الأول في التعريف بها ووجوبها وشروط استحقاقها
٤٢١	المبحث الثاني في أحوال النفقة (وجوبها وسقوطها)
٤٢١	لحالات التي تجب فيها النفقة
٤٢٢	لأحوال التي لا تجب فيها أو تسقط بعد وجوبها
٤٢٤	غقات العلاج
٤٣٠	المبحث الثالث في تقدير نفقة الزوجة
٤٣٣	تعديل التقدير للنفقة
٤٣٤	المبحث الرابع في تفصيل أنواع النفقة
٤٣٨	المبحث الخامس في امتناع الزوج عن أداء النفقة وما يتخذ من إجراءات
٤٤٢	المبحث السادس في نفقة زوجة القاتل
٤٤٥	المبحث السابع في دين النفقة وأحكامه
٤٥١	تعجيل النفقة
٤٥٣	الكفالة بالنفقة
٤٥٥	المقاصة بدين النفقة

القسم الثاني في فرق الزواج

٤٥٦ - ٦٦٦

٤٦١ تمهيد في معنى فرق الزواج وأنواعها

٥٥٣-٤٦٦ الباب الأول في الطلاق

٤٧١ الفصل الأول في التعريف والحكمة وإن يكون حق الطلاق

٤٧٥ حكم الطلاق بمعنى صفته الشرعية

الفصل الثاني في ركن الطلاق ومن يقع منه ومن يقع عليها وطريقته وإيقاعه ٤٧٧

الصفحة	الموضوع
٤٧٩	المبحث الأول في دكن الطلاق وبم يتحقق المصريح والكتابة
٤٨١	المبحث الثاني في من يقع منه الطلاق ومن يقع عليها
٤٨٤	من يقع عليها الطلاق
٤٨٦	المبحث الثالث في الطلاق الذي يملكه الزوج
٤٨٧	طريقة إيقاع الطلاق
٤٨٩	المبحث الرابع في الطلاق الثلاث بلفظ واحد
٤٩٣	الفصل الثالث في تقسيمات الطلاق
٤٩٤	المبحث الأول في تقسيمه الى منجز ومعلق ومضاف
٤٩٥	أنواع التعليق
٤٩٨	المبحث الثاني في التقسيم الى رجعي وبائن
٤٩٩	الفاظ الرجعي والبائن
٥٠٣	احكام الرجعي والبائن
٥٠٥	المبحث الثالث في الرجعة
٥٠٦	ما تتحقق به الرجعة
٥٠٨	شروط صحة الرجعة
٥٠٩	اختلاف الزوجين في الرجعة
٥١١	المبحث الرابع في زواج التحليل
٥١٥	المبحث الخامس في طلاق المريض مرض الموت
٥٢١	الفصل الرابع في الإنابة في الطلاق
٥٢٣	صفة التفويض
٥٢٥	الفاظ التفويض
٥٢٩	الفصل الخامس في الطلاق بعوض (الخلع)
٥٣١	المبحث الأول في التعريف بالخلع وتكييفه الفقهي

الصفحة	الموضوع
٥٢٨	المبحث الثاني في الفرق بين الخلع والطلاق على مال
٥٤٠	المبحث الثالث في شروط لخلع
٥٤٥	المبحث الرابع في بدل الخلع وشروطه
٥٥١	المبحث الخامس في احكام الخلع
٥١٤-٥٥٥	الباب الثاني في التفريق بواسطة القضاء
٥٥٦	الفصل الاول في التفريق لعدم الاتفاق
٥٦٧	الفصل الثاني في التفريق للميب
٥٦٧	آراء الفقهاء في التفريق بالميب
٥٦٨	لن يثبت هذا الحق ؟
٥٦٩	الخلاف في عدد الميوب
٥٧٠	نوع التفريق الواقع بالميب
٥٧١	ما يجري عليه العمل في مصر
٥٧٤	التنقد الموجه الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠
٥٧٧	ما يجري عليه العمل في لبنان
٥٨١	الفصل الثالث في التفريق للضرر
٥٨٧	الفصل الرابع في التفريق لفية الزوج
٥٩٢	الفصل الخامس في التفريق لحبس الزوج
٦٦٤-٥٩٥	الباب الثالث في اللعان والايلاء والظهار
٥٩٧	الفصل الاول في اللعان
٥٩٧	المبحث الاول والتعريف به وكييفيته وشروطه
٦٠١	شروط اللعان
٦٠٣	المبحث الثاني في الآثار المترتبة على اللعان

الصفحة	الموضوع
٦٠٧	الفصل الثاني في الأيلاء
٦٠٧	المبحث الأول في التعريف به وركنه والفاظه وشروطه
٦١٢	المبحث الثاني في حكم الأيلاء
٦١٧	الفصل الثالث في الظهار
٦١٨-٦٢٥	الباب الرابع في العدة
٦٢٧	الفصل الأول في تعريفها وأسبابها وحكمة مشروعيتها
٦٣٣	الفصل الثاني في أنواع العدة
٦٤٣	الفصل الثالث في تحول العدة من نوع إلى نوع آخر
٦٥١	الفصل الرابع في مبدا العدة وانتهائها
٦٥٩	الفصل الخامس فيما يجب على العتة ويجب لها

القسم الثالث في حقوق الأولاد والإقارب

٦٦٩ - ٨٦٣

٦٧١	مقدمة
٦٧٣-٧١٤	الباب الأول في النسب
٦٧٥	تمهيد في منابة الإسلام بالنسب وتنظيمه
٦٧٧	الفصل الأول في أقل مدة العمل وانكراها وأنبات الولادة
٦٨٣	الفصل الثاني في طرق البات النسب
٦٨٣	المبحث الأول في الفرائض
٦٨٤	شروط ثبوت النسب بالفرائض
٦٨٨	ثبوت النسب في الزواج الفاسد
٦٨٩	ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين

المصطف	الموضوع
٦٩٤	المبحث الثاني في الإقرار
٦٩٥	شروط الإقرار بالنبوة
٦٩٦	الإقرار بالأبوة والأمومة وشروطه
٧٠٣	الفرق بين الإقرار بالنبوة والتبني
٧٠٤	المبحث الثاني في البيئة
٧٠٦	الفصل الثالث في التقيط وأحكامه
٧٣٠-٧١٥	الباب الثاني في الرضاع
٧١٧	الفصل الأول في وجوب الرضاع وعلى من يجب
٧٢٥	الفصل الثاني في أجره للرضاع
٧٦٦-٧٣١	الباب الثالث في الحضنة
٧٣٣	الفصل الأول في التعريف بها وأصطحاب الحق فيها
٧٣٣	الحضنة بين الحق والواجب
٧٣٦	من يثبت له حق الحضنة على الصغير
٧٣٧	ترتيب الحاضنات من النساء
٧٣٩	ترتيب الحاضنين من الرجال
٧٤٣	الفصل الثاني في شروط أهلية الحضنة
٧٤٧	الفصل الثالث في أجره الحضنة واستحقاقها ومن تجب عليه
٧٤٨	متى تستحق الحاضنة أجرا ؟
٧٤٩	على من تجب أجره الحضنة (
٧٥٠	الحضنة بين المتبرعة بها وطالبة الأجر عليها
٧٥٣	الفصل الرابع في مكان الحضنة وانتقال الحضنة منه
٧٥٧	أثر انتقال الحاضنة الى بلد منعت من الانتقال إليه

الصفحة	الموضوع
٧٦١	الفصل الخامس في مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها
٧٦١	ابتداء مدة الحضانة
٧٦٥	الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة
٨١٨-٧٦٧	الباب الرابع في الولاية
٧٦١	الفصل الأول في الولاية على النفس
٧٧٠	من تثبت له هذه الولاية
٧٧١	متى تنتهي هذه الولاية
٧٧٢	شروط الولي على النفس
٧٧٣	سلب الولاية
٧٧٦	هل يجوز إعادة الولاية المسلوقة
٧٧٦	الفصل الثاني في الولاية على المال
٧٧٦	الولاية على الصغير
٧٨٠	تصرفات الصغير المميز
٧٨٠	سن البلوغ والرشد
٧٨٣	من تثبت له الولاية المالية
٧٨٧	شروط الولي على المال
٧٨٦	سلطة الولي في التصرفات . تصرفات الأب في الفقه
٧٩٣	تصرفات الأب في القانون
٧٨٨	تصرفات الجد في ولايته في الفقه
٧٩٦	تصرفات الجد في ولايته في القانون
٨٠٠	وصي الأب في الفقه والقانون
٨٠١	شروط الوصي
٨٠٣	تخصيص الوصي المختار ببعض التصرفات
٨٠٤	تعدد الأوصياء وتصرفاتهم في الفقه
٨٠٥	تعدد الأوصياء وتصرفاتهم في القانون
٨٠٦	تعيين المشرف . وعمله
٨٠٧	تصرفات الوصي المختار في الفقه

الصفحة	الموضوع
٨٠٩	تصرفات وصي القاضي والفرق بينه وبين الوصي المختار
٨١٠	تصرفات الوصي في القانون
٨١٩-٨٦٢	الباب الخامس في نفقة الأولاد والأقارب
	فصل تمهيدي في تحديد القرابة الموجبة للنفقة ، والأصول
٨٢١	التي يقوم عليها نظام النفقات
٨٢٣	آراء المذاهب في المراد بالقرابة وأدلتهم على ذلك
٨٢٦	الأصول التي يقوم عليها نظام النفقات في الإسلام
٨٣٣	الفصل الأول في نفقة الفروع على الأصول
٨٤٣	الفصل الثاني في نفقة الأصول على الفروع
٨٤٩	الفصل الثالث في نفقة الحواشي
	الفصل الرابع في ترتيب وجوب النفقة عند اجتماع
٨٥٥	نوعين أو أكثر
٨٥٥	الحالة الأولى اجتماع الأصول والفروع
٨٥٧	الحالة الثانية اجتماع الأصول والحواشي
٨٦٠	الحالة الثالثة اجتماع الفروع والحواشي
٨٦٢	الحالة الرابعة اجتماع الأصول والفروع والحواشي
٨٦٥	فهرس الموضوعات
٨٧٩	التصويبات

تصويبات

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٩٠	١٧	وسماعها	وسماعهما
١١٣	١٩	العقادين	العاقدين
١١٨	١٤	العقد	انقعد
١٢٧	١٠	وأبو بكر	وأبي بكر
١٤٧	١٠	بما قلبها	بما قبلها
١٥٠	٩	الملحمة	الملحة
١٥٠	١٩	جاء كتاب	جاء في كتاب
١٥٧	٥	وتكوع	وتكون
١٥٩	١	هذا اختلفوا	هذا الشرط اختلفوا
١٧٢	٧	آباءكم	أباؤهم
١٧٩	١١	أي أخوته	أي أخواته
١٧٩	١٨	النسب	من النسب
٢٠٨	٥	كان العقد باطلا	كان العقد فاسدا
٢٢٤	١٠	حل لكم	حل لكم . . . إلى قوله والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب حل لكم
٢٤٧	٩	وتضاحك	وتضاحكك
٢٧١	١٧	قام الإمام	قال الإمام
٢٨٢	٩	والسكون	والسكوت
٢٨٢	١٦	والحكم هنا	والحكم هنا
٢٨٢	٢ هامش	ولا بد فيها	ولا بد فيه
٢٨٥	١	علق عليه	علق عليه
٢٨٦	السطر ١٦	كله موضع بعد	السطر ١٢
٢٩٣	١ هامش	فأراد به	فأرد به
٢٩٨	١٩	يعتبرون	يتصرون
٣٠٠	٦	فالفاسد	فالفاسق
٣٠٠	٩	الفاسد	الفاسق
٣٠٢	١٧	كفائته	كفائته
٣١٤	١٤	العقد عليه	العقد عليها
٣٢٣	٨	يفترقا بينهما	يفترقا يفرق بينهما

الصفحة	السطر	الخطا	الصواب
٢٢٧	٢	لا يسألونك	يسألونك
٢٣٧	١٣ ٤ ٦	تطيبا	تطيبا
٢٤١	١٥	بن مسعوداً	بن مسعود
٢٤١	١٦	والله أرى	والله ورسوله منه بريثان أرى
٢٤١	٢٠	بن سفيان	بن سنان
٢٤٣	٤٤٢	تسوهن	تمسوهن
٢٤٧	١٠	الى بولى	إلا بولى
٢٥١	١ هامش ج ٤		ج ٢
٤٠٢	١٥	وما تجيب	وما يجب
٤٦١	١٧	لا يضرك	لا يفرك
٤٦٥	١١	والفرقة	والفرقة به لا تعتبر
		لا تعتبر	
٥٠٩	١٥	اعتقاد منها	اعتقاداً منها
٥١٦	١٨	وأيهما	وأيهما
٥١٧	١٠	وجيبه العدة	وجبت به العدة
٥٢١	٣	بماله القوامة	بماله من القوامة
٥٣٠	٦	زوجاً تهن	زوجاتهم
٥٣٤	٩	معارضة	معاوضة
..	١٢	المعارضات	المماوضات
٥٧٢	٨	الخطاء	الخصاء
٥٧٦	٩	حق	حتى
٥٨٢	١٢	عليكما أن	عليكما إن رأيتما أن تجمعا
		تجمعا	
٥٨٨	١٧	فعلل من	فعلل من
٥٩٧	٥	وشروط	وشروط والامتناع
		الامتناع	
٦٠٩	٩	الطلاق	الاطلاق
٦١٢	١	فيصبح	فيصح
٦١٧	٥	المقبركة	المقركة
٧٢٠	٤	كما حق للولد	كما هو للولد
٧٢٠	٦	كما هو الصور	كما في الصور
٧٣٤	١٩	خالقت	خالمت



